Die Fahrlässigkeit im bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Juristischen Fakultät
der
Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Rudolf Unverzagt
Gerichtsreferendar a. D. aus Wiesbaden.

Marburg 1927.
Nassauisches Druck- und Verlagshaus, Inh.: Richard Hasenkrug, Wiesbaden.

Die Fahrlässigkeit im bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Juristischen Fakultät
der
Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Rudolf Unverzagt
Gerichtsreferendar a. D. aus Wiesbaden.

Marburg 1927.
Nassauisches Druck- und Verlagshaus, Inh.: Richard Hasenkrug, Wiesbaden.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Leonhard.
Angenommen von der juristischen Fakultät: Juli 1927.

Dem Andenken meines Bruders.

Inhalt.

Seite

Literaturverzeichnis.

v. Alberti, Verbotsverletzende Unterlassungen. Tübingen 1917.

v. Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht. Leipzig 1871.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Band 3. Tübingen 1905.

Biermann, Bürgerliches Recht Bd. I. Berlin 1908.

Binding, Die Schuld im deutschen Strafrecht. Leipzig 1919.

Birkmeyer, Der Entwurf des BGB und das Strafrecht in: Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 7, S. 163 ff.

Brodmann, Ueber die Haftung für Fahrlässigkeit, insbesondere über die Haftung des Schiffers in: Arch. f. ziv. Praxis Bd. 99 S. 327 ff.

Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung. Berlin 1907.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I, 7. Aufl. Jena 1922.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1900.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reichs und Preußens 3. Auflage. Halle 1905/06

Dernburg, System des römischen Rechts Bd. I. Berlin 1911.

Dittenberger, Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigner Handlungen. Berlin 1903.

Dölle, Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit in: Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags, Bd. I. Berlin 1926 S. 98 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I 8 Aufl. Berlin 1903.

Engelmann, Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters. Berlin 1922.

Engelmann, Rechtsbeachtungspflicht und rechtliche Schuld in: Festgabe für L. Traeger. Berlin 1926 S. 133 ff.

Engelmann, Die Schuldlehre der Postglossatoren. Leipzig 1895.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 25—29. Aufl. Marburg 1926.

Eßlinger, Ueber bewußte Fahrlässigkeit in: Blätter für Rechtsanwendung Bd. 69 S. 172 ff.

Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit. Leipzig 1910.

Fischer-Henle, BGB 11. Aufl. München 1921.

Gensler, Beitrag zu der Lehre von der diligens und culpa. 2. Aufl. Heidelberg 1827.

Göring, Ist die fahrlässige Täuschung eine unerlaubte Handlung im Sinn des BGB § 823 Abs. 1 ? Diss. Freiburg 1900.

v. Hagen, Die sog. culpa in concreto nach dem BGB. Diss. Jena 1901.

Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Stier-Somlo-Elster) Berlin 1926 Abschnitt: Fahrlässigkeit in Bd. II S. 374 ff.

Hasse, Die culpa des römischen Rechts. 2. Aufl. Bonn 1838.

Heidenreich, Die Abgrenzung der Fahrlässigkeit vom schuldlosen Unrecht Diss. Jena 1914.
Heinsheimer, Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB in: Archiv f. ziv. Prax. Bd. 95 S. 234 ff.
Hesse, Zur Lehre von dolus und culpa in: Arch. f. ziv. Prax. Bd. 61 S. 203 ff.
Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867.
Kitzinger, Juristische Aphorismen. Berlin-Grunewald 1923.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II Teil 1 Berlin 1906.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I Berlin 1904.
Laß und Maier, Haftpflichtrecht und Reichsversicherungsgesetzgebung. 2. Aufl. München 1902.
Leonhard, Fahrlässigkeit und Unfähigkeit in: Festgabe für Enneccerus. Marburg 1913.
Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Berlin 1898.
Liszt, Deliktsobligationen im System des BGB. Berlin 1898.
Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Berlin 1889.
Litten, Die Ersatzpflicht des Tierhalters. Berlin 1905.
Litten, Ueber „Lo Codi" und seine Stellung in der Entwicklungsgeschichte des culpa-Problems in: Mélanges-Fitting Tome II. Montpellier 1908.
Loening, Zurechnungslehre des Aristoteles. Jena 1903.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag Bd. II. Leipzig 1908.
Luchsinger, Das Verschuldensprinzip in der Lehre von der Schadensersatzpflicht im römischen Recht. Diss. Heidelberg 1909.
Lühl, Gründe und Arten der Deliktshaftung nach dem neuen BGB. Diss. Erlangen 1897.
Marton, Verschuldensprinzip, Verursachungsprinzip. München 1926.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.
Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899. Bd. I u. II.
Oertmann, Kommentar zum BGB. 3./4. Aufl. Berlin 1910.
Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig 1914.
Oertmann, Verschuldungsfähigkeit in: LZ 1924 S. 241 ff.
Pernice, Marcus Antistius Labeo Bd. II. Halle 1878 (1).
Pernice, Marcus Antistius Labeo Bd. II Abt. II 1. 2. Aufl. Halle 1900 (2).
Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht. Weimar 1867.
Piper, Verursachung und Verschulden als Grundlagen der Schadenshaftung nach dem BGB. Diss. Rostock 1902.
Planck, Kommentar zum BGB. 4. Aufl. Berlin 1914.
Rabel, Die Haftpflicht des Arztes. Leipzig 1904.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. 3. Aufl. (zit. RGRK) Berlin 1921.
Rosenthal, Bürgerliches Gesetzbuch. 11. Aufl. Berlin 1927.
Rotering, Begriffsverwandschaft, Fahrlässigkeit, Gefahr, Besitz und Gewahrsam in: GS 76, S. 209 ff.
Rümelin, Haftung im klinischen Betrieb. Tübingen 1913.

Rümelin, Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht. Tübingen 1909.
Rümelin, Der Zufall im Recht. Freiburg 1896.
Salmond, Jurisprudence 7th ed. London 1924.
Schaaff, Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. Band 1, Heft 1. Heidelberg 1857.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil. München 1900.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. Stuttgart 1926.
Staudinger, Kommentar zum BGB, 7./8. Aufl. München 1912.
Stuhlmann, Der Fahrlässigkeitsbegriff des bürgerlichen Rechts. Diss. Hamburg 1908.
Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. II Teil 2. München 1918.
v. Tuhr, Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil. Berlin 1923.
v. Tuhr, Schweizer Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. Tübingen 1924/25.
Wendt, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.
Wendt, Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, BGB § 276 in: Arch. f. ziv. Praxis Bd. 87 S. 422 ff.
Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. München 1905.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. (von Kipp). Frankfurt 1906.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Archiv für die zivilistische Praxis.
Archiv für bürgerliches Recht.
Blätter für Rechtsanwendung.
Deutsche Juristenzeitung.
Dogmatische Jahrbücher.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Das Recht.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Seufferts Archiv.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 1.

Einleitung.

Das Thema der vorliegenden Abhandlung ist auch heute noch von besonderem Interesse, trotzdem es schon mehrfach bearbeitet worden ist. Denn in der Lehre von der Fahrlässigkeit im bürgerlichen Recht stehen sich zwei Theorien gegenüber, von denen die eine — die objektive Theorie — gegenwärtig die herrschende ist, während der subjektiven Theorie die Zukunft gehört. Denn wie sich aus den folgenden Ausführungen ergeben wird, kann nur die letzte als richtig anerkannt werden. Mit einer eingehenden Begründung ist sie zuerst von Leonhard in seiner Schrift „Fahrlässigkeit und Unfähigkeit" vertreten worden. Obwohl sich ihm verschiedene bedeutende Vertreter der Rechtswissenschaft angeschlossen haben[1]), ist von Seiten der subjektiven Theorie eine ausführlichere Stellungnahme nicht mehr erfolgt, während die objektive Theorie es neuerdings z. B. durch Oertmann[2]) versucht hat, ihre alleinige Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts darzulegen. Auch die Schrift von Marton[3]) bekämpft die subjektive Theorie als undurchführbar. Es soll daher Aufgabe der vorliegenden Abhandlung sein, ihre unbedingte Richtigkeit zu erweisen und einen kleinen Beitrag dazu zu liefern, daß die von ihr vertretene Ansicht allmählich zur herrschenden wird. Davon allerdings ist die heutige Zeit noch weit entfernt und wenngleich auch die Entwicklung diesen Weg unverkennbar geht und gehen muß, so wird doch noch manches Jahr vergehen, ehe er als vollendet angesehen werden kann.

Das heutige Recht kennt zwei Schuldformen: Vorsatz und Fahrlässigkeit[4]). Da nun unter Schuld Vorwerfbarkeit zu verstehen

---

[1]) Vgl. unten S. 14, 26.

[2]) Verschuldungsfähigkeit, LZ 1924 S. 241 ff.

[3]) Verschuldensprinzip, Verursachungsprinzip, München 1926.

[4]) So z. B. ausdrücklich Dölle S. 105; Liszt, Grenzgebiete S. 38; Litten, Gruch. 48 S. 669; Planck § 276 Anm. 2 b α; Titze, Recht d. Schuldverhältn. 2. Aufl. Berlin 1926 S. 58; Weyl S. 294 ff.

ist[1]) — so sagt schon Baldus[2]): Schuld ist omne id quod est reprehensibile, d. h. der Schuldige hat nicht so gehandelt, wie es von ihm erwartet werden konnte — muß demjenigen, der einen rechtswidrigen Erfog verursacht hat, ein Vorwurf gemacht werden, daß er ihn herbeiführte. Weil nun die Fahrlässigkeit eine Schuldform ist, darf von fahrlässigem Handeln auch nur dann gesprochen werden, wenn dem Schadensstifter vorgeworfen werden kann, er hätte anders handeln sollen, als er es in Wirklichkeit getan hat. Man sagt auch häufig: die Fahrlässigkeit ist eine Willensschuld[3]), um anzudeuten, daß der Schuld- — und damit der Fahrlässigkeitsvorwurf sich nur auf eine fehlerhafte Beschaffenheit des Willensvermögens bezieht[4]).

Hervorzuheben ist außerdem, daß das BGB das sog. „Verschuldensprinzip" angenommen hat, d. h. der Regel nach tritt eine Haftung auf Schadensersatz nur dann ein, wenn der Urheber des rechtswidrigen Erfolgs ihn verschuldet, also vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat[5]). Es ist notwendig, dies zu betonen, da später hierauf zurückgegriffen werden muß. Ferner ist unbestritten, daß die Begriffsbestimmung des § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB für das gesamte bürgerliche Recht Gültigkeit besitzt[6]).

---

[1]) Vgl. z. B. Frank, Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs, Gießen 1907 S. 11; Dölle S. 114; Kitzinger S. 33; Leonhard S. 44.

[2]) Baldus IV C. d. Pign. act. 1. Quae fortuitis (zit. nach Engelmann, Schuldlehre S. 20, 193).

[3]) z. B. v. Tuhr, Obligationenr. S. 342.

[4]) ausführlich unten S. 15 ff.

[5]) BGB § 276 Abs. 1 Satz 1, § 823 ff; vgl. Endemann, S. 639, S. 744; Enneccerus § 449 A I; Dölle S. 105, S. 115 Anm. 34; Leonhard S. 48; Linckelmann S. 7; Lühl S. 8 ff; Oertmann. Kom. § 823 Vorbem. 3 b; Weyl S. 563 ff; Piper S. 7 ff, 60; Siber, Dogm. Jahrb. Bd. 31 S. 195 f; Staudinger § 823 Anm. II C; Traeger, Kausalbegriff S. 193; vgl. auch Wendt, Pandekten S. 48; a. A. Dittenberger S. 69 ff; Luchsinger S. 12 f.

[6]) So z. B. Brodmann S. 348; Handwörterbuch S. 375; Planck § 276 Anm. 1 b; Mugdan, Prot. I S. 766; RGRK § 276 Anm. 6; Enneccerus § 195 IV; Siber, Dogm. Jahrb. Bd. 50 S. 197; Soergel, § 276 Anm. I 1; Weyl S. 131, 137, auch Arch. f. bürgerl. R Bd. 14 S. 102; Wendt, Sorgfalt S. 422; Windscheid § 101; Staudinger § 276 I.

§ 2.

Die objektive Theorie.

Nach dieser notwendigen Vorbemerkung kann zur Besprechung der objektiven Theorie übergegangen werden, die von der herrschenden Lehre vertreten wird. Wie schon der Name „objektive Theorie“ andeutet, will sie die Frage, ob im konkreten Fall Fahrlässigkeit vorliegt, nicht unter Berücksichtigung aller Einzelumstände beantworten, sondern einzelne objektiveren, verallgemeinern.

Es fragt sich nun, von welchen Umständen abstrahiert werden soll. Wird eine bestimmte Tat losgelöst von Ort, Raum und Zeit beurteilt oder ist es etwa nur belanglos, wer den Erfolg verursachte? Kommt es darauf an, ob der klügste und gewissenhafteste Mensch, wenn er alle ihm mögliche Sorgfalt aufwandte, um die rechtswidrigen Folgen nicht herbeizuführen, sie vermeiden konnte, oder genügt es, wenn ein durchschnittlich Begabter bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit und Vorsicht nicht gehandelt haben würde? Es liegt auf der Hand, daß eine Abstraktion von den äußeren Verhältnissen sinnlos wäre, da sich hier eine menschliche Beurteilung verbieten würde. Eine solche Theorie ist auch niemals aufgestellt worden. Es ergibt sich daher, und zwar sowohl nach Ansicht der objektiven wie der subjektiven Theorie[1]), daß die äußeren Umstände des konkreten Falls bei Beurteilung der Frage, ob Fahrlässigkeit vorliegt, berücksichtigt werden müssen. Was aber ist unter „äußeren Umständen“ zu verstehen? Unter diesen Begriff fällt alles, was nicht in Beziehung zu der Person des Täters steht; das wird ganz allgemein anerkannt.

Es kann sich mithin nur darum handeln, daß von der Person des Täters abstrahiert werden soll, indem ein gewisser Normalmensch zum Maßstab gewählt wird und nun die Frage, ob eine fahrlässige Handlungsweise vorliegt, danach beurteilt wird, ob dieser Normalmensch unter den konkreten Umständen den Erfolg vermieden hätte oder nicht. Hätte er vorausgesehen, daß sein Tun oder Lassen die vom Recht mißbilligte Folge bewirken würde, so würde er die entsprechenden Maßregeln getroffen haben, um ihren Eintritt abzuwenden.

---

[1]) Vgl. aber unten S. 52 f.

Dem Täter wird dann zugerechnet, daß sein Tun und Lassen hinter dem von der Rechtsordnung erwarteten Normalmaß menschlichen Verhaltens zurückgeblieben ist. Hätte dagegen auch dieser zum Maß genommene Mensch gehandelt und den Erfolg verursacht, so kann auch dem Täter keine Fahrlässigkeit vorgeworfen werden, wenn er die Wirkung seines Handelns nicht vermieden hat.

Diese Ansicht, daß jeder mit einem allgemein gültigen Maßstab zu messen sei, wird von der objektiven Theorie vertreten, und es kommt jetzt darauf an, festzustellen, wie dieser Maßstab beschaffen ist.

Nicht vertreten wird mehr die Meinung, man müsse den vollkommensten Menschen zum Maß nehmen, um die Fahrlässigkeit eines anderen festzustellen. Würde man sie für richtig halten, so fehlte nicht viel und man wäre bei einer Betrachtungsweise angelangt, die den sog. „Laplace'schen Geist" als Maßstab verwendet. Laplace beschreibt ihn folgendermaßen[1]: „Ein Geist, der für einen gegebenen Augenblick alle Kräfte kennte, welche die Natur beleben, und die gegenseitige Lage der Wesen, aus denen sie besteht, wenn sonst er umfassend genug wäre, um diese Angaben der Analyse zu unterwerfen, würde in derselben Formel die Bewegungen der größten Weltkörper und des leichtesten Atoms begreifen: nichts wäre ungewiß für ihn und Zukunft und Vergangenheit wären seinem Blick gegenwärtig. Der menschliche Verstand bietet in der Vollendung, die er der Astronomie zu geben gewußt hat, ein schwaches Abbild eines solchen Geistes dar". Aehnlich wie ein Geist dieser Art weder fahrlässig, noch zufällig, sondern nur vorsätzlich handeln könnte[2], würde auch der klügste und umsichtigste Mensch, der alle seine Aufmerksamkeit darauf gerichtet hat, den von dem Handelnden verursachten Erfolg zu vermeiden, fast nie fahrlässig handeln, nur vorsätzlich oder schuldlos den vom Recht mißbilligten Erfolg herbeiführen. „Der vorgestellte in seiner unwandelbaren Musterhaftigkeit über Menschenschicksale erhabene Mustermensch, der diligentissimus pater familias und seinesgleichen auf allen andern Lebensgebieten, werden dann zu personifizierten Maßstäben verdichtet."[3]) Dieser Idealmensch wird aber wohl kaum auf der Erde vertreten sein. Da alle anderen Menschen teils mehr, teils weniger tief unter ihm stehen, werden ihnen je nachdem mehr oder weniger viele ihrer Handlungen als

---

[1]) Vgl. Bausteine für Leben und Weltanschauungen von Denkern aller Zeiten 1926 S. 321; Exner S. 138 Anm. 2.

[2]) Exner S. 139.

[3]) Binding, Schuld S. 125.

fahrlässig zugerechnet und niemand mit Ausnahme desjenigen, der als Maßstab dient, wäre sicher, für verursachte Schäden haftbar gemacht zu werden, selbst wenn er noch so große Geistesgaben besitzt und noch so vorsichtig handelt. Daher wäre diese Theorie wegen praktischer Unmöglichkeit nicht durchzuführen, abgesehen von den mannigfachen anderen Gegengründen.

Die Vertreter der objektiven Theorie halten sich aber frei von dem Fehler, den Maßstab so hoch zu spannen, daß nur ein geringer Teil der Menschen seinen Anforderungen entspricht und die übrigen ständig in der Gefahr schweben, für verursachte rechtswidrige Folgen ihres Handelns haften zu müssen, ohne daß es ihnen überhaupt möglich war, sie zu vermeiden.

Die objektive Theorie behauptet zwar, daß im bürgerlichen Recht die Fahrlässigkeit mit einem objektiven Maßstab zu messen sei, das einzelne Individiuum bei der Frage, ob ein fahrlässig verursachter Erfolg vorliege, ausscheide[1]), aber sie nimmt nicht den klügsten und vorsichtigsten Menschen zum Maß. Handelt es sich darum, ob der Schadensstifter fahrlässig den rechtswidrigen Erfolg verursacht hat, so wird sein Verhalten vielmehr mit dem eines tüchtigen Durchschnittsmenschen verglichen. Hätte dieser Mensch so gehandelt, daß er den Erfolg vermieden hätte, so muß der Urheber Ersatz leisten. Kommt man aber zu dem Schluß, auch der Durchschnittsmensch hätte die schadenbringende Handlung vorgenommen, so kann von einer Verpflichtung zum Schadensersatz keine Rede sein.

Der zum Maßstab genommene tüchtige Durchschnittsmensch ist ein Mensch von normalen geistigen Kräften und Fähigkeiten, durchschnittlichem Interesse, seine Mitmenschen durch seine Handlungen nicht zu schädigen usw., „der Mann, der mit sicherem Blick die

---

[1]) Exner S. 190 f; Göring S. 27 f; Dittenberger S. 69; Dernburg, Schuldverh. S. 147; Fischer-Henle § 276 Anm. 5; v. Hagen S. 3; Heidenreich S. 22 ff; Heinsheimer S. 250; Endemann S. 639 ff; Brecht, Dogm. Jahrb. 53 S. 228; Biermann S. 334 f; Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB, Jena 1900 S. 111; Marton S. 8 f, 13 f; Luchsinger S. 26; P. Merkel, JW 1925 S. 896; Laß u. Maier S. 18 Linckelmann S. 37; Lotmar S. 84 f; Lühl S. 15; Mittermaier Z 32 S. 418; Oertmann § 276 Anm. 1 b, *a, bb*; Rosenfeld Z 32 S. 472 Anm. 11; Rosenthal § 276 Anm. 81; Rabel S. 10 ff, 81 ff; Piper S. 39; Rümelin, Haftung S. 11; RGR. Komm. § 276 Anm. 3, § 823 Anm. 3 (ungenau); Schollmeyer § 276 Anm. 1 b *a;* Soergel § 276 Anm. II b 1; Stuhlmann S. 16 (vgl. aber S. 20); Weyl S. 111 f; Traeger, Kausalbegriff S. 195: Staudinger, Vorbem. II 2 a vor § 275 ff, § 276 Anm. I 2 a; Wendt, Sorgfalt S. 430; Windschied § 101; Handwörterbuch S. 375, 379; RGZ Gruch. 50 S. 931 (93of), 58 S. 919 (921); Recht 1904 S. 44, Nr. 152 u. Nr. 1774; DJZ 1903 S. 345 Nr. 70; JW 1904 S. 357 Nr. 8, 1906 S. 160 Nr. 2, 1908 S. 494 Nr. 34, 1909 S. 190 Nr. 3, 1912 S. 856 Nr. 9; Sächs. Arch. Bd. 14 S. 65; RGZ Bd. 68 S. 423.

Möglichkeiten des Gelingens und Mißlingens, die Chancen eines Unfalls und die Kosten einer Sicherung erfaßt und in der ruhigen und sachverständigen Abwägung dieser verschiedenen Faktoren eine Garantie für die Richtigkeit seiner Entscheidung findet"[1]).

Dieser Maßstab des tüchtigen Durchschnittsmenschen ist aber unzureichend für heutige Verhältnisse[2]). Sollte nun die Tätigkeit eines Arztes, Professors, Baumeisters, Bäckers usw. mit dem Maß gemessen werden das an den Durchschnittsmenschen angelegt wird, der von ihr wenig oder gar nichts versteht? Es leuchtet ein, daß dieser Maßstab nur bei Völkern möglich ist, die auf der niedrigsten Kulturstufe stehen, bei denen daher jeder Volksgenosse alle die einfachen Handlungen ausführen kann, die erforderlich sind. In jedem entwickelteren Volk jedoch ist dies für den Einzelnen unmöglich, es tritt Arbeitsteilung ein und es bilden sich die verschiedenen Berufe heraus[3]). „Die Zahl, genauer gesagt, die Differenziertheit der Typen, wächst natürlich entsprechend dem Steigen des kulturellen Niveaus und des wirtschaftlichen Verkehrs und an den Stellen wo dieser kulminiert, zeigt sich auch die stärkste Nüanzierung der Typen . . ."[4]) Der objektive Maßstab bedarf daher nach der herrschenden Auffassung gewisser Modifikationen und zwar hauptsächlich in dem Sinn, daß der tüchtige Durchschnittsmensch desselben Berufs- und Pflichtenkreises das Maß bildet, also z. B. der tüchtige Schneider, Arzt, Chauffeur, Kaufmann, Studienrat usw.[5]) Aber damit nicht genug! Einzelne Vertreter der objektiven Theorie gehen noch weiter. Vor allem wollen sie das Alter berücksichtigt wissen, indem sie auch Gruppen von Erwachsenen, Jugendlichen, Kindern usw. bilden[6]). Voraussetzung ist hier, daß der Schadensstifter überhaupt nach § 828 BGB verantwortlich ist. Ist dies festgestellt, so bleibt noch die

---

[1]) Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 88 S. 299.

[2]) Vgl. Leonhard S. 6; Oertmann, Verschuldungsfähigkeit S. 247; Rümelin Verschulden S. 43 f; a. A. Stuhlmann S. 16.

[3]) Vgl. Mannheim, Der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht, Breslau 1912 S. 45 ff.

[4]) Litten, Lo Codi S. 627.

[5]) Vgl. z. B. Göring S. 26 f; Dernburg, Schuldverhältn. S. 148; Handwörterbuch S. 375; Piper S. 39 f; Rabel S. 83; Rosenthal § 276 Anm. 81; Rümelin, Verschulden S. 45; Oertmann § 276 Anm. 1 b *α,ββ*; RGRK § 276 Anm. 3; Heinsheimer S. 251; Traeger, Kausalbegriff S. 195; Weyl S. 113 ff; RGZ Gruch. 56 S. 355 (358); Seuff. Arch. Bd. 64 S. 303; so schon die Römer (vgl. Schaaff S. 136); vgl. aber Heidenreich S. 44 f; auch Leonhard S. 60 ff.

[6]) z. B. Heinsheimer S. 251 f; RGZ Sächs. Arch. 14 S. 64 ff; Gruch. 55 S. 991 (995 f); Seuff. A. 64 Nr. 185; vgl. auch Leonhard S. 12; Wendt Dogm. Jahrb. 31 S 185.

Frage zu beantworten, ob der Erfolg verschuldet ist, und hier fällt dann das Alter in der angegebenen Weise ins Gewicht. Beachtenswert ist, daß das Reichsgericht in einigen früheren Entscheidungen die Jugend nur dann in Betracht ziehen wollte, wenn es sich um die Frage des Mitverschuldens (§ 254 BGB) handele, und zwar nur bei Abwägung der Höhe des Verschuldens, nicht aber auch bei der Feststellung, ob überhaupt ein Verschulden vorliege[1]), diesen Standpunkt aber später wieder aufgegeben hat[2]).

Nicht nur das Alter aber soll durch Gruppenbildung berücksichtigt werden, sondern auch z. B. Geschlecht und Bildung[3]). Noch weiter geht es, wenn zwar betont wird, der Maßstab sei ein objektiver, aber im einzelnen Fall seien die Anforderungen verschieden je nach den Personen und Aufgaben[4]). Auch Krankheit fällt nach Ansicht mancher Vertreter der objektiven Theorie ins Gewicht[5]).

Dernburg[6]) wendet sich gegen die Einschränkungen, denn „der Verkehr unterscheidet nach solchen Rücksichten nicht und kann dies auch nicht", nach ihm ist nur eine Unterscheidung nach Gruppen möglich und erforderlich.

Oft aber wird nur behauptet, der objektive Maßstab erlaube die Berücksichtigung verschiedener Typen von Menschen, ohne daß irgend eine nähere Erläuterung gegeben wird[7]).

Welches nun sind die Gründe, die zur Stütze der objektiven Theorie dienen?

Hier wird vor allem auf den Wortlaut des Gesetzes verwiesen: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt." Es ergebe sich hieraus klar und deutlich, daß das Gesetz einen objektiven, einen Durchschnittsmaßstab angewendet und die Berücksichtigung der Individualität des Handelnden ausgeschlossen wissen wolle[8]). Aber das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt als solches stellt höchstens eine Gefährdung von Recht-

---

[1]) z. B. RGZ Bd. 68 S. 422 f; Gruch. 54 S. 619 (622); RG DJZ 1909 Spruchsammlg. S. 221, 1912, S. 1217; vgl. auch RGZ 114 S. 291 (294); Recht 1905 S. 193 Nr. 827, 1921 Nr. 2766.

[2]) z. B. RGZ Gruch. 55 S. 991 (995), 65 S. 74 (76 f).

[3]) z. B. RGZ Gruch. 55 S. 991 (995); Sächs. Arch. 14, S. 65; Rümelin, Verschulden S. 48 f.

[4]) z. B. Crome § 109; ähnl. Heinsheimer S. 252 f.

[5]) z. B. Wendt, Sorgfalt S. 438; v. Hagen S. 6; a. A. Heinsheimer S. 253.

[6]) Dernburg, Schuldverhältnisse S. 148.

[7]) RGZ Bd. 68 S. 423; DJZ Spruchsammlung 1909 S. 221; Gruch. 48 S. 788; Lotmar S. 84.

[8]) Vgl. zu dem Begriff des § 276 Abs. 1 Satz 2 ausführlich Weyl S. 100 ff.

gütern dar, begründet nie eine Ersatzpflicht, stets ist noch erforderlich, daß eben durch diese Vernachlässigung der Sorgfalt ein rechtswidriger Erfolg d. h. ein Erfolg, dessen Verursachung eine rechtlich erzwingbare Schadensersatzpflicht auslöst, entstanden sei[1]). Außerdem aber läßt auch der vorsätzlich Handelnde die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht, auch auf ihn paßt daher § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB[2]). Eine ausreichende Begriffsbestimmung müßte daher zum mindesten in diesen beiden Richtungen den § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB erweitern, die heutige gesetzliche Definition ist ohne Ergänzung nicht verwendbar und kann daher auch nicht als Definition der Fahrlässigkeit angesehen werden[3]). Warum daher nicht auch ein weiterer Zusatz — sofern er überhaupt nötig sein sollte — gemacht werden darf, daß nämlich die Individualität des Täters zu berücksichtigen sei, ist nicht ersichtlich[4]).

Vor allem aber ist gegen diese Behauptung der objektiven Theorie einzuwenden, daß § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB nur von der Sorgfalt spricht, d. h. von demjenigen Moment, das sich auf den Willen des Menschen bezieht. Hier allerdings ist, wie im § 4 zu erläutern sein wird, ein objektiver Maßstab anzulegen. Daß aber auch von den körperlichen und geistigen Fähigkeiten des Menschen abstrahiert werden soll, kann keineswegs aus dem Wortlaut des § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB entnommen werden. Vielmehr ist nur folgender Schluß berechtigt: da § 276 Abs. 1 S. 2 BGB nicht von den körperlichen und geistigen Kräften spricht, ein Verschulden aber nur unter ihrer Berücksichtigung festgestellt werden kann[5]) und die Fahrlässigkeit eine Schuldform ist, so müssen sie notwendigerweise in Betracht gezogen werden, wenn festgestellt wird, ob der Erfolg fahrlässig verursacht worden ist. Sollten sie nach Ansicht des Rechts nicht hierfür maßgeblich sein, so hätte dies ausdrücklich im Gesetz hervorgehoben werden müssen[6]).

---

[1]) So auch z. B. Siber, Dogm. Jahrb. 31 S. 197 f; Soergel § 276 Anm. I 1.

[2]) Ebenso Dölle S. 115; Lotmar S. 83 Anm. 3; Piper S. 38; Planck § 276 Anm. 2 b, *b*, bb.

[3]) So z. B. auch Eßlinger, S. 173; Leonhard S. 42; Liszt, Deliktsobligationen S. 55; Lotmar S. 83 Anm. 3; Matthiaß S. 144; Piper S. 38; Planck § 276 Anm. 2 b, *b*, bb; Rotering S. 228 f; a. M. z. B. Lühl S. 13 f; Heidenreich S. 30; Rosenthal § 276 Anm. 80; Rümelin, Verschulden S. 40; Schollmeyer § 276 Anm. 1 b *a*; Weyl S. 130; vgl. auch Endemann S. 639 Anm. 2.

[4]) So auch Dölle S. 115; Planck § 276 Anm. 2 b *b* bb; Wendt, Sorgfalt S. 438.

[5]) Vgl. unten S. 15 ff.

[6]) So auch z. B. Enneccerus § 197 Anm. 6.

Auch die Entstehungsgeschichte des § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB soll einen Grund für die Anwendung des objektiven Maßstabs bilden. Es muß zugegeben werden, daß nach Auffassung der Motive und Protokolle[1]) allerdings ein objektiver Maßstab angelegt werden soll, sprechen sie doch sogar davon, daß die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eine Art Garantiepflicht bedeute[2]); freilich wurde auch hervorgehoben, daß es nicht ausgeschlossen sei, im Einzelfall individuelle Momente zu berücksichtigen[3]). Allein die Anschauungen der Verfasser des BGB können keinen beweiskräftigen Grund für die Richtigkeit einer Theorie abgeben[4]).

Die Vertreter der objektiven Theorie berufen sich ferner auf die Entwicklung des bürgerlichrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffs überhaupt: schon im römischen und gemeinen Recht sei die Fahrlässigkeit nach einem objektiven Maßstab — der diligentia boni patris familias — ohne Rücksicht auf die Individualität des Handelnden festgestellt worden, und eben dasselbe bedeute § 276 Abs. 1 Satz 2: „Wir können also sagen, der diligens pater familias ist nur eine Zeitlang scheintot gewesen und es tritt uns im BGB § 276 ein diligens pater familias redivivus entgegen"[5]). Daß diese Behauptung unrichtig ist, hat Leonhard überzeugend nachgewiesen.

Die Hauptstütze der objektiven Theorie bildet nach ihrer Ansicht die Geschichte und vor allem der Satz[6]): imperitia culpae adnumeratur, der regelmäßig in dieser kurzen Form, wie er sich auch in den Quellen findet[7]), zitiert wird und ohne jeden Zusammenhang allerdings nur den Sinn haben kann: infolge von Unwissenheit verursachter Schade macht haftbar. Allein es müßte doch als sehr sonderbar erscheinen, wenn die Römer, deren Stärke durchaus nicht in dem Aufstellen abstrakter Rechtssätze lag, die vielmehr ihre Entscheidung meist unter Zugrundelegen eines konkreten Tatbestands trafen, einen derart bedeutsamen und allgemeinen Satz gebildet

---

1) Vgl. Mugdan Bd. I S. 507, Bd. II S. 765 f, 1095.

2) Mugdan II S. 1085 (Protokolle); für Garantiepflicht auch: Linckelmann S. 38; Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines BGB. München 1892 S. 35; dagegen z. B. Weyl S. 123.

3) Mugdan II S. 765 f (Protokolle).

4) a. M. Stuhlmann S. 14.

5) Weyl S. 113.

6) So z. B. ausdrücklich Leonhard S. 27; Oertmann, Verschuldungsfähigkeit S. 241, Komm. § 276 Anm. 1 b *α bb;* Rümelin, Verschulden S. 41 f; Pernice, Labeo (1) S. 336 ff; Staudinger § 276 Anm. I 2 b; vgl. auch Litten, Lo Codi S. 619 ff.

7) D 50, 17 l. 132.

hätten. Nun findet sich aber auch eine Stelle in der Lehre von der lex Aquilia, die ebenso wie die in den regulae iuris erwähnte aus Gajus, libro septimo ad edictum provinciale stammt[1]). Es darf daher als sicher angenommen werden, daß die beiden Stellen ursprünglich miteinander in Verbindung standen und erst durch Tribonian und seine Kommission getrennt worden sind[2]). Die ursprüngliche Fassung zeigt also erst, was der Satz: inperitia culpae adnumeratur bedeutet, nämlich daß derjenige haftet, der trotz seiner Unerfahrenheit oder Krankheit die Geschäfte eines Maultiertreibers übernimmt und voraussieht oder voraussehen muß, daß hierdurch andere gefährdet werden. Die Worte intellegere debet zeigen nicht etwa an, daß hier von der Person des Täters abstrahiert werden soll, sondern grade das Gegenteil. Das Verschulden des Menschen im vorliegenden Fall liegt in der Uebernahme der Geschäfte eines Maultiertreibers.

Die vorliegende Stelle kann daher keinen Beweis für die Richtigkeit der objektiven Theorie abgeben. Ebenso verhält es sich mit den übrigen Stellen, in denen der Satz: imperitia culpae adnumeratur erscheint, den wohl als erster Celsus vertreten hat[3]), z. B. in D 1,18 l. 6 § 7[4]); 9,2 l. 27 § 29[5]); 19,2 l. 9 § 5[6]); 19,2 l. 13 § 5[7]). In allen diesen Fällen ist der Satz: imperitia culpae adnumeratur nicht schlechthin angewendet, es wird nie für Unwissenheit als solche gehaftet. Sondern stets findet der römische Jurist den Grund für die Inanspruchnahme darin, daß der Täter sein Unvermögen nicht kannte, obwohl er es hätte kennen können und sollen; deshalb wird er für den eingetretenen Schaden haftbar gemacht[8]). Oder aber seine Haftung aus Vertrag tritt ein, weil in der Uebernahme der Leistung eine Art Garantieversprechen liegt, daß er die Leistung ausführen werde[9]), nie jedoch deshalb, weil er unerfahren war.

---

[1]) D 9,2 l. 8. § 1 (zit. Anhang S. 3), vgl. hierzu Rümelin, Zufall S. 23; ähnl. I 4,3 § 8.

[2]) Leonhard S. 33; vgl. auch Lenel, Palinginesia iuris civilis Bd. I Leipz. 1889 S. 206.

[3]) Leonhard S. 31.

[4]) Anhang S. 2; ähnl. I 4,3 § 7; vgl. auch D 9,2 l. 7 § 8; l. 52 pr; 9,1, l. 1 § 5.

[5]) Anhang S. 3.

[6]) Anh. S. 4.

[7]) Anh. S. 4.

[8]) So auch Enneccerus § 197 Anm. 7; Leonhard S. 32 f.

[9]) Vgl. auch unten S. 39 f; Leonhard S. 32 f; a. M. Pernice, Labeo (1) S. 336 ff.

Daß die bloße Unwissenheit, die nicht nur als imperitia, sondern auch als imprudentia bezeichnet wird, nicht haftbar macht, vielmehr nur, wenn ein vorwerfbares Handeln vorliegt[1]), geht auch klar und deutlich aus folgender Stelle hervor: Rhetor ad Herennium 2,24[2]): „Si imprudentia reus peccasse se dicet primum quaeretur, utrum potuerit nescire an non potuerit; deinde, utrum data sit opera, ut sciretur, an non; deinde utrum casu nescierit an culpa. Nam qui se propter vinum aut amorem aut iracundiam fugisse rationem dicet, is animi vitio videbitur nescisse, non imprudentia: qua re non imprudentia se defendet, sed culpa contaminabit".

Daß die Römer vielmehr die Frage, ob der rechtswidrige Erfolg fahrlässig verursacht sei, durchaus von der Individualität des Täters abhängig sein ließen, zeigt die bekannte Stelle D 45,1 l. 137 § 2[3]). Zwar handelt es sich hier in erster Linie nur um die Auslegung eines Vertrages[4]), allein mittelbar auch um eine Bestimmung der culpa: culpa liegt nämlich dann vor, wenn der Schuldner seine Vertragspflichten nicht so erfüllt, wie es billigerweise von ihm gefordert werden konnte. Hier heißt es nun: habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis und es geht aus diesen Worten hervor — die aufgezählten Eigenschaften sind nicht erschöpfend, nur beispielsweise genannt — daß bei der Frage nach der culpa die Individualität des Menschen nicht außer Acht gelassen werden darf, sondern voll und ganz zu berücksichtigen ist.

Vielleicht dürfte auch D 29,2 l. 38[5]) für die Ansicht sprechen, daß die Römer die Fahrlässigkeit nach dem Können des Individuums beurteilten. Sie spricht zwar ebenfalls nicht direkt von der culpa, sondern sagt, daß derjenige heres necessarius die Erbschaft nicht mehr ablehnen darf, qui scit aut s c i r e p o t u i t, daß er die gesamten Erbschaftslasten tragen muß, weil der andere heres necessarius ausgeschlagen hat, und trotzdem sich als Erbe aufgeführt hat. Die Glosse bemerkt zu potuit: „Consulendo peritiores . . . . . et hoc cum facile scire potuit".

Ausdrücklich aber stellt D 9,2 l. 31[6]) fest, eine Haftung wegen

---

[1]) Ebenso Pernice, Labeo (2) S. 9; Leonhard S. 29.

[2]) Zit. bei Pernice, Labeo (2) S. 9 Anm. 2.

[3]) zit. Anhang S. 5; ähnl. auch D 12,4 l. 5 pr: condicio temporis vel valetudinis.

[4]) Brodmann S. 373; Leonhard S. 30.

[5]) zit. Anhang S. 4.

[6]) Zitiert Anhang S. 5; ebenso D 9,2 l. 28 (zit. Anhang S. 3); vgl. auch D 17,1 l. 29 § 2; 17,2 l. 52 § 3; 43, 24 l. 3 § 7,8 l. 4; 50,17 l. 99, wo es überall auf das Können des Individuums ankommt.

culpa trete nicht ein, wenn der Erfolg für den Handelnden nicht voraussehbar war, ähnlich D 9,2 l. 29 § 3, 4[1]), wenn er nicht vermeidbar war. Wer ein Feuer auf dem Feld an einem windigen Tag anzündet, muß die nötigen Vorsichtsmaßregeln treffen; tut er dies nicht und greift das Feuer infolgedessen auf die Felder des Nachbarn über, so haftet er[2]). Auch in dieser Stelle kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß der den Schaden Verursachende haftet, weil er voraussehen konnte, daß ohne die nötige Vorsicht sein Nachbar geschädigt würde[3]). Ebenso betont D 9,2 l. 29 § 2 „. . . . si in potestate nautarum fuit, ne id accidit, et culpa eorum factum sit", seien sie nach der lex Aquilia haftbar.

Es ergibt sich mithin, daß die Römer zum Vorliegen der culpa forderten, der Handelnde hätte den rechtswidrigen Erfolg vermeiden **können**, nicht aber, wie die objektive Theorie behauptet, nach einem Durchschnittsmaßstab feststellten, ob eine Schadensersatzpflicht bestände[4]). Es gilt auch für die Römer durchaus der Satz: „So heißt die Individuen rechtlich nehmen und rechtlich gleich nehmen, soviel als sie so nehmen, wie sie durch ihre Freiheit und Selbstbestimmung sind. Die Individuen, wie sie sonst sein mögen, gleich behandeln, hieße: sie ungerecht und ungleich behandeln"[5])

Allerdings verwenden die Römer auch einen objektiven Maßstab, um festzustellen, ob ein fahrlässig verursachter, rechtswidriger Erfolg vorliege. Aber dieser objektive Maßstab, die diligentia boni patris familias, bezieht sich ausschließlich auf den Willen des Menschen, niemals auf seine geistigen und körperlichen Kräfte. Die Römer haben nämlich schon klar erkannt, daß diese beiden Momente — einerseits die psychischen, andererseits physischen und intellektuellen Fähigkeiten — rechtlich eine verschiedene Behandlung erfordern, und unterscheiden sie demgemäß scharf[6]). Das letzte wird, wie aus den

---

[1]) Zit. Anhang S. 3.

[2]) D 9,2 l. 30 § 3 (zit. Anhang S. 4.)

[3]) So auch Hesse S. 212.

[4]) Ebenso Hesse S. 205, 209 ff; Enneccerus § 197 Anm. 6; Laß u. Maier S. 18; Leonhard S. 27 ff; Ihering S. 49; Weyl, Vorträge über das BGB, München 1898 Bd. I S. 341; a. M. v. Bar, Kausalzusammenhang S. 119 f; Luchsinger S. 28 ff; vgl. auch Gensler S. 1 ff; Litten, Lo Codi S. 619 ff, Dogm. Jahrbücher Bd. 49 S. 439 ff.

[5]) Schaaff S. 120 f; vgl auch seine Ausführungen S. 122 ff darüber, daß die Römer der subjektiven Theorie folgten.

[6]) Leonhard S. 29, 35.

vorstehenden Ausführungen hervorgeht, in jedem Fall individuell beurteilt, während das erste — wie im § 4 näher auszuführen ist — objektiv, ohne den Urheber des rechtswidrigen Erfolgs zu berücksichtigen, festgestellt wird.

Dieser Grundsatz, daß die intellektuellen und physischen Kräfte des Menschen stets in Betracht zu ziehen seien, wenn es sich darum handelt, ob ein Erfolg fahrlässig verursacht worden ist, wird auch in der Rechtsentwicklung der folgenden Jahrhunderte festgehalten, wenngleich sich hier und da auch Anklänge an die objektive Theorie finden[1]). Aber auch die Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts vertritt dieselbe Ansicht, wenngleich sie sich vorwiegend mit der Frage befaßt, in welche Arten die culpa einzuteilen sei. Zum Beweis darf auf einige Stellen in dem bekanntesten Werk über die culpa von Hasse verwiesen werden[2]); ausdrücklich hebt Sintenis hervor[3]): „Zeit und Art der Handlung nach Umfang und Schwierigkeit, Alter, Geschlecht des Handelnden usw." seien in Betracht zu ziehen. Ebenso läßt Dernburg in seinem „Lehrbuch des preußischen Privatrechts"[4]) nur aus der „Anschauung aller besonderen tatsächlichen Umstände und allseitiger Würdigung der einschlagenden rechtlichen Verhältnisse" die Beantwortung der Frage zu, ob Fahrlässigkeit vorliege: nur im konkreten Fall könne dies festgestellt werden, nicht aber nach abstrakten Regeln.

Es ist mithin unrichtig, wenn die objektive Theorie glaubt, sich auf die Geschichte berufen zu können, und ergibt sich vielmehr, daß bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts stets die Individualität des Urhebers eines Schadens in Betracht gezogen wurde, um beurteilen zu können, ob der Schaden fahrlässig verursacht worden sei. Als erster Vertreter der objektiven Theorie, der sie klar und deutlich zum Ausdruck bringt, ist vielmehr Dernburg[5]) anzusehen, wenngleich sich leise Anklänge an sie schon bei den Postglossatoren finden[6]). Er behauptet, der Maßstab für die culpa sei ein abstrakter. „Auf die

---

[1]) Ausführl. Leonhard S. 20 ff; vgl. auch Engelmann, Irrtum § 9—11, die im Anh. S. 1 zitierte Stelle von Leyser.

[2]) Hasse S. 86 f, 93 f, 104, 141, 143 f.

[3]) Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, 3. Aufl. Leipzig 1868 § 101 Anm. 45; ebenso Hänel, Lehre vom Schadensersatz, Leipz. 1823, § 27 f; vgl. außerdem Leonhard S. 23.

[4]) Bd. I 4. Aufl. Halle 1884 S. 274.

[5]) Pandekten 1. Aufl. Berlin 1884 Bd. I § 86; vgl. auch Pernice, Labeo (1) S. 336 ff.

[6]) Leonhard S. 5, 21; Enneccerus § 197 Anm. 6.

Beschaffenheit der Person, um die es sich gerade handelt, kommt es nicht an. Sie kann sich daher nicht auf ihre etwaigen üblen Gewohnheiten, ihre Beschränktheit berufen"[1]). Diese Lehre hat bald überall Zustimmung gefunden[2]), ohne daß es jedoch, wie dies wenigstens im Strafrecht der Fall war, versucht wurde, ihr eine wissenschaftliche Begründung zu geben. Erst seitdem Leonhard als entschiedener Gegner der herrschenden Lehre aufgetreten ist, trat der Widerspruch gegen sie stärker in Erscheinung, und es ist bemerkenswert, daß die Theorie Leonhards mehr und mehr Anhänger gewinnt. So haben sich z. B. die bekannten Darstellungen des BGB von Enneccerus[3]) und Planck[4]) in ihren neuen Auflagen Leonhard angeschlossen. Ob auch die neue (9.) Auflage des Staudingerschen Kommentars von ihrer bisherigen Ansicht abweichen wird, konnte nicht ermittelt werden, da nach Mitteilung des Verlages die in Betracht kommenden Paragraphen noch nicht bearbeitet sind.

Die objektive Theorie beruft sich ferner zum Beweis für ihre Richtigkeit auf die §§ 827 f BGB, indem sie folgenden Schluß zieht: Da es bei den in diesen beiden Paragraphen genannten Personen darauf ankommt, ob sie nach ihrer Individualität den rechtswidrigen Erfolg vermeiden konnten, und § 276 Abs. 1 Satz 3 auf § 827 f verweist, so ergibt sich, daß nur bei den genannten Personen die Individualität in Betracht gezogen werden muß, sonst aber der objektive Maßstab angelegt wird[5]). Allein diesem argumentum e contrario könnte mit demselben Recht die andere Folgerung entgegengesetzt werden: Die Individualität ist in allen Fällen zu berücksichtigen; um Zweifel zu vermeiden, ist es für gewisse Personen noch ausdrücklich festgelegt. Sollte im übrigen aber die Behauptung der objektiven Theorie richtig sein, so wäre es unerklärlich, warum sie nicht auch zum Beweis für die Richtigkeit der strafrechtlichen objektiven Theorie werwendet würde[6]). Sogar Rümelin[7]), obwohl Vertreter der objektiven Theorie, betont ausdrücklich, das argumentum e contrario aus § 827 f BGB sei unzulässig.

---

[1]) Vgl Anm. 2.

[2]) z. B. Windscheid § 101.

[3]) § 197, I, 3 a.

[4]) § 276 Anm. 2 b *b* bb.

[5]) So z. B. Oertmann, Verschuldungsfähigkeit S. 243 ff, Kommentar § 276 Anm. 1 b *a bb*; Heidenreich S. 26; Stuhlmann S. 15; Weyl S. 134; vgl. auch Dittenberger S. 82 ff.

[6]) Vgl. im übrigen gegen die Ausführungen Oertmanns Leonhard S. 74 f, auch Brodmann S. 371; Litten, Gruch. 48 S. 669.

[7]) Verschulden S. 42 Anm. 2.

Gegen die objektive Theorie sind aber, abgesehen davon, daß die für ihre Richtigkeit angeführten Gründe nicht stichhaltig sind, äußerst gewichtige Bedenken zu erheben. Vor allem wichtig ist die Feststellung, daß Fahrlässigkeitsbegriff der objektiven Theorie und Schuldbegriff miteinander unvereinbar sind. Das BGB steht, wie erwähnt wurde, auf dem Standpunkt, daß grundsätzlich eine Haftung auf Schadensersatz nur dann eintritt, wenn der Schaden schuldhafterweise verursacht worden ist. Unter Schuld versteht aber die herrschende Meinung wie im Strafrecht, so auch im bürgerlichen Recht „Willensschuld", d. h. von Schuld kann nur dann gesprochen werden, wenn dem Handelnden ein Vorwurf zu machen ist, und dies ist nur dann möglich, wenn seine psychische Einstellung, nicht aber seine physischen und intellektuellen Kräfte und Fähigkeiten, nicht derart beschaffen war, wie es die Rechtsordnung von ihm forderte[1]) m. a. W. nur dann kann die Frage nach einem Verschulden des Täters auftauchen, wenn er nach seinen körperlichen und geistigen Fähigkeiten überhaupt hätte den Erfolg vermeiden *können*[2]). Es wäre unrichtig, wenn man den Schuldvorwurf nicht in dem genannten individuellen Sinn auffassen, nicht *diese* konkrete Tat *diesem* bestimmten Menschen zurechnen wollte. Ob der so verstandene Schuldbegriff von Haus aus ein ethischer[3]) oder ein rechtlicher[4]) ist, kann unentschieden bleiben, sofern nur feststeht, daß der ethische und der rechtliche Schuldbegriff in dem Verhältnis zueinander stehen, daß „das Recht nichts anderes ist als das *ethische Minimum*"[5]) und infolgedessen „die rechtliche Schuld das Minimum der sittlichen"[6]). „Das Mindeste, was die Ethik von den Gesellschaftsgliedern fordert, ist die Erhaltung der für wertvoll erachteten Lebensgüter; diese kleinste Forderung der Ethik ist die ganze des Rechts"[7]).

---

[1]) Brodmann S. 341, 368, 375, 378; Kitzinger S. 33; Dernburg, Schuldverhältnisse S. 153, System 148; Enneccerus § 196 I; Leonhard S. 43 ff; Liszt, Deliktsobligationen S. 46; Planck § 276 2 b *b* bb; Litten, Gruch. 48 S. 669, GS 68 S. 293 ff, Dogm. Jahrb. 49 S. 441 Anm. 1; Staudinger, Vorbem. II § 275 ff; v. Tuhr, Allgemeiner Teil S. 481, 489; Weyl S. 330 ff; Wendt, Pandekten S. 49; Zitelmann, Recht des BGB S. 151; vgl. auch Dölle, S. 104 f., 114, 116; a. M. Rümelin, Verschulden S. 37; Dittenberger S. 70 u. a.

[2]) So auch Marton S. 5 f, a. A. aber S. 11 f; Loening, Zurechnungslehre S. 224 ff.

[3]) So Marton S. 16.

[4]) So Binding, Schuld S. 9.

[5]) Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht u. Strafe, Berlin 1908 S. 45 ff; Marton S. 8.

[6]) Mayer, Die schuldhafte Handlung u. ihre Arten im Strafrecht, Leipzig 1901 S. 105; ähnlich Exner S. 199 Anm. 1.

[7]) Mayer a. a. O. S. 104.

Schuld in diesem Sinne liegt einzig und allein dann vor, wenn das Verhalten des Urhebers des rechtswidrigen Erfolgs mißbilligenswert erscheint, also nur dann, wenn der Täter den Erfolg vermeiden konnte; ultra posse nemo obligatur. Dieser Schuldbegriff hat den großen Vorzug, daß er nicht nur für die Rechtsordnung zu befriedigenden Ergebnissen in jedem einzelnen Fall führt, sondern auch sich mit dem Begriff deckt, der im Volksbewußtsein lebendig ist[1]). Der Begriff der Schuld, wie er als richtig erkannt wurde, bewirkt, daß in keinem Fall eine rechtliche Schuld anerkannt werden kann, wo die Auffassung des täglichen Lebens Schuldlosigkeit annehmen würde, und verhütet so den unheilvollen Zwiespalt zwischen Rechts- und Volksanschauung, daß nämlich das Recht ein mißbilligendes Urteil über das Verhalten eines Menschen fällt, welches von dem Volksbewußtsein als nicht tadelnswert empfunden wird.[2])

Ein solches Unwerturteil über einen Menschen aber kann sich nie und nimmer auf seine Verstandeskräfte beziehen, sondern stets nur auf dasjenige Moment, das der Herrschaft des Menschen unterworfen ist, nämlich sein Wille[3]). „Dummheit und Unwissenheit sind ethisch und rechtlich farblos"[4]). Daher kann dem beschränkten Menschen nur aus dem Grund ein Vorwurf gemacht werden, daß er seine geringen intellektuellen Kräfte nicht so angewendet hat, wie es billigerweise von ihm verlangt werden konnte. Da die Fahrlässigkeit eine Schuldform ist[5]), so muß folgerichtig auch demjenigen, der fahrlässig einen Schaden angerichtet hat, ein Vorwurf zu machen sein. Ob dies auch nach der objektigen Theorie sich ermöglichen läßt, darüber spricht sich die herrschende Lehre nicht aus. Sie stellt nur fest, daß alle Schuld Willensschuld sei, und daß bei der Fahrlässigkeit ein objektiver Maßstab angewendet werden müsse; wie aber diese beiden Gesichtspunkte zu vereinbaren sind, wird nicht gesagt. Nun ergibt sich aber, daß bei Anwendung eines objektiven Maßstabs auch diejenigen haftbar gemacht werden, die infolge von geistigen Mängeln nicht in der Lage waren, den Schaden zu vermeiden, sofern sie nicht den Anforderungen entsprechen, die gemäß dem Durchschnittsmaßstab an sie gestellt werden. Ein Schuldvorwurf aber darf ihnen nicht gemacht werden, denn sie können nichts dafür, daß ihr

---

1) Vgl. auch Marton S. 5 f.

2) Vgl. Marton S. 16.

3) Leonhard S. 44 ff.

4) Exner S. 97.

5) Vgl. oben S. 1 f; § 276 Abs. 1 Satz 1, § 823 ff. BGB; Handwörterbuch S. 375; Rosenthal § 276 Anhang.

Verstand nicht normal ist und der rechtswidrige Erfolg infolgedessen für sie unvermeidbar war[1]). Schuld und objektive Theorie schließen sich mithin in allen solchen Fällen aus. Daher muß notwendig die objektive Theorie fallen, da an dem Schuldbegriff nicht gerüttelt werden darf. Es ist nicht recht verständlich, daß die herrschende Meinung diesen Zwiespalt, diesen „schreienden Widerspruch"[2]) zwischen ihrem Fahrlässigkeitsbegriff und ihrem „richtigen" Schuldbegriff auch heute kaum Beachtung schenkt[3]), trotzdem schon Leonhard darauf hingewiesen und die Unmöglichkeit festgestellt hat, die objektiv aufgefaßte Fahrlässigkeit dem Verschulden unterzuordnen[4]). Auch Oertmann in seiner neuen Abhandlung[5]) übersieht ihn völlig.

Da nun fahrlässiges Handeln im Sinn der herrschenden Lehre kein schuldhaftes Handeln ist[6]), so ergibt sich, daß auch die Zurechnungsfähigkeit nicht erforderlich ist, um für einen fahrlässig verursachten rechtswidrigen Erfolg den Urheber haftbar zu machen. Die objektive Theorie vermag keinen stichhaltigen Grund dafür anzuführen, weshalb nur Zurechnungsfähige für fahrlässig herbeigeführte Folgen zum Ersatz herangezogen werden[7]).

Da die objektive Theorie mit dem Schuldbegriff nicht vereinbar ist, steht sie auch mit dem Volksbewußtsein im Widerspruch, das es nicht versteht und nicht verstehen kann, wie eine Haftung wegen Fahrlässigkeit, d. i. wegen Verschulden, möglich ist, wenn im Einzelfall den Urheber des Schadens keine Schuld trifft. Daß ein solches Abweichen von der Anschauung des Lebens der Theorie und der Praxis nicht zum Nutzen gereicht und das Recht schließlich doch zum Nachgeben gezwungen wird, weil sich das Leben als stärker erweist, braucht kaum betont zu werden.[8])

Ebenso wie vom Standpunkt der Schuld ist es von dem der Gerechtigkeit aus als völlig unmöglich zu bezeichnen, einen Menschen

---

[1]) So z. B. Liszt, Grenzgebiete S. 15 ff; Litten, Dogm. Jahrb. 49 S. 441 Anm. 1.

[2]) So Marton S. 5, vgl. auch S. 14.

[3]) Dies tut z. B. Rümelin, Verschulden S. 36; Endemann S. 744; Exner S. 107; Kohler GA 62 S. 241; Linckelmann S. 37; Luchsinger S. 9; vgl. auch Rümelin, Zufall S. 24, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 88 S. 300; Grave, Z 45 S. 99 ff.

[4]) So auch Litten GS 68 S. 295, Dogmatische Jahrbücher 49 S. 442; Brodmann S. 353; Luchsinger S. 27; Marton S. 6; Planck § 276 Anm. 2 b *b* bb.

[5]) Verschuldungsfähigkeit LZ 1924 S. 241 ff.

[6]) So ausdrücklich Litten, Ersatzpflicht S. 69, 93.

[7]) Vgl. ausführl. Dölle S. 115; Leonhard S. 44 ff, 71; auch Litten, Dogm. Jahrb. Bd. 49 S. 441 Anm. 1.

[8]) Vgl. auch Brodmann S. 386.

haftbar zu machen, weil er bedauernswerter Weise nicht diejenigen intellektuellen Gaben mit auf den Lebensweg bekommen hat, wie es wohl wünschenswert gewesen wäre. Die Ungerechtigkeit der herrschenden Meinung geht aber daraus hervor, daß nicht nur der Minderbegabte haften muß, sondern auch der mit höheren geistigen Fähigkeiten als der Durchschnitt Ausgestattete frei von Haftung ist, sofern nur der gewöhnliche Mensch den Schaden vermieden hätte, obwohl dem Schadensstifter ein begründeter Vorwurf zu machen ist: „Du hättest den Schaden nicht verursachen, dich mehr anstrengen sollen, um ihn zu vermeiden", er mithin schuldhafterweise den rechtswidrigen Erfolg herbeigeführt hat. Das Ergebnis, zu dem die objektive Theorie kommt, lautet daher: Je intelligenter das Individium ist, umso geringere Anforderungen stellt die Rechtsordnung an es, je geringer seine geistigen Gaben sind, umso mehr steigert die Rechtsordnung sie; der Beschränkte, unter dem Durchschnitt Stehende haftet, obwohl ihn kein Verschulden trifft, der Kluge, sich über den Durchschnitt Erhebende haftet nicht, trotzdem er den Erfolg verschuldet hat. Und dies, während das BGB auch nach Ansicht der herrschenden Lehre das Verschuldensprinzip angenommen hat! Es wird sogar ausdrücklich betont, an überdurchschnittliche Einsicht könne nur der Durchschnittsmaßstab angelegt werden[1]). Anderer Ansicht ist allerdings bemerkenswerterweise das RG, das im Widerspruch zu der von ihm vertretenen objektiven Theorie die den Durchschnitt übersteigenden Kräfte und Fähigkeiten berücksichtigt wissen will[2]).

Wo bei solchen Ergebnissen der „echt soziale Grundzug", der der herrschenden Lehre eigen sein soll[3]), und „das Höchstmaß sozialer Gerechtigkeit"[3]) zu finden sind, dürfte unmöglich sein darzulegen. Warum soll aber auch die Rechtsordnung nicht von dem mit großen geistigen Kräften und Fähigkeiten Ausgestatteten verlangen, daß er sie gebraucht, nicht brach liegen läßt, sofern er mit seinen Mitmenschen in Berührung kommt und Handlungen vornimmt, die ihnen Schädigungen zufügen können? Aus welchem Grund kann man von einem geistig Beschränkten fordern, er solle mehr Verstand haben? Auch im bürgerlichen Recht sollen ebenso wie im Strafrecht die Anforderungen der Rechtsordnung an alle Menschen die gleichen sein, indem jeder nach dem Maß seiner Kräfte und Fähigkeiten verpflichtet

---

[1]) z. B. Crome S. 486; Dernburg, System S. 149; Oertmann, Verschuldungsfähigkeit S. 248 f.

[2]) Vgl. z. B. RGZ JW 1910 S. 37 Nr. 60, 1911 S. 36.

[3]) Oertmann, Verschuldungsfähigkeit S. 248 f.

wird. Der Grundsatz, daß Gleiches gleich, Ungleiches verschieden behandelt werden muß, darf auch hier nicht verleugnet werden[1]. Eine befriedigende Antwort auf die Frage, ob ein Verschulden vorliegt, kann nur gegeben werden, wenn feststeht, ob der Urheber des Schadens ihn vermeiden konnte. Daher kann auch die Schuldform der Fahrlässigkeit in einem konkreten Fall nicht irgendwie losgelöst von dem Handelnden festgestellt werden. Jede andere Auffassung setzt sich in Widerspruch zu der herrschenden richtigen Ansicht von dem Schuldbegriff, ist infolgedessen ungerecht und unbillig und muß abgelehnt werden.

Durch die Einteilung in Gruppen wird allerdings die Schärfe der objektiven Theorie etwas gemildert, allein gerecht vom Standpunkt des Verschuldensprinzips aus wird die Theorie durch diese Einschränkung nicht[2].

Diese Bedenken allein dürften schon genügen, um die Nichtanwendung der objektiven Theorie zu rechtfertigen. Aber sie sind nicht die einzigen. Es wurde schon erwähnt, daß objektive Theorie nicht den Durchschnittsmenschen als solchen zum Maß nimmt, sondern gewisse Gruppen von Menschen bildet und den tüchtigen Durchschnitt dieser einzelnen Gruppen als Maßstab verwendet. Die herrschende Meinung aber ist noch nicht imstande gewesen, in befriedigender Weise Auskunft zu geben, wie die Gruppeneinteilung vorgenommen werden soll[3], und begnügt sich meist mit der kurzen Bemerkung, es seien Gruppen zu bilden nach Beruf, Alter, Geschlecht usw.[4], gibt sich großzügig mit Einzelheiten nicht ab. Interessant ist besonders das kleine, von ihr benutzte Wörtchen „usw.“, das so nichts- oder besser so vielsagend ist, wie man es sich nur wünschen kann. Besser als alles andere werden die Ausführungen einiger Vertreter der objektiven Theorie, wie die Gruppeneinteilung vorzunehmen sei, ihre Unzulänglichkeit beweisen.

Vor allem sind Gruppen von Menschen nach den verschiedenen Berufen zu bilden. „Aber innerhalb dieser Unterscheidung der Berufszweige . . . . . muß wiederum daran unbedingt festgehalten werden, daß nunmehr eine weitere Einteilung im allgemeinen zu unterbleiben hat“; es sei in praktische Aerzte und Spezialärzte, Turn-

---

[1]) So auch Leonhard S. 9; Schaaff S. 120 f.

[2]) Dies behauptet Litten, Lo Codi S. 627.

[3]) Vgl. ausführl. Leonhard S. 9 ff.

[4]) z. B. RGRK § 276 Anm. 3, § 823 Anm 3; Soergel § 276 Anm. II, b 1; RGZ JW 1911 S. 446 Nr. 10, 1912 S. 856 Nr. 9; Sächs. Arch. Bd. 14 S. 65; Gruch. 55 S. 991 (995), 65 S. 74 (76 f).

lehrer und wissenschaftliche Lehrer, geprüfte und ungeprüfte Vertreter des Berufs zu scheiden; „von diesen Unterscheidungen abgesehen muß aber daran festgehalten werden, daß der Durchschnitt maßgebend bleibt"[1]). Die einzelnen Gruppen seien nach der Verkehrsanschauung zu ermitteln, die „bei der Anerkennung wie Ablehnung besonderer Gruppen oder Typen meist mit erstaunlicher Einmütigkeit und Sicherheit zu Werke" gehe und z. B. scheide zwischen der „perfekten Köchin" und dem „Alleinmädchen, das kochen kann", „Herrengarderobengeschäft" und „Schneiderwerkstatt"[2]). Sollte die Verkehrsanschauung aber nicht auch nach Alter, Geschlecht usw. usw. unterscheiden? Ein Beispiel mag zeigen, daß die objektive Theorie zu keinem befriedigenden Ergebnis kommt: Es soll das Verhalten eines Gynäkologen beurteilt werden. Ist nun seine Handlungsweise etwa nach der eines tüchtigen Arztes oder der eines tüchtigen Chirurgen oder der eines tüchtigen Gynäkologen zu bemessen, während doch allgemein bekannt ist, daß er selbst den Durchschnitt der tüchtigen Angehörigen der letzten Gruppe weit überragt, ja überhaupt nicht seinesgleichen hat?

Rümelin[3]) will eine Gruppenbildung auch bei gefährdenden Tätigkeiten vornehmen z. B. bei Reiten, Radfahren, Jagen, die Anforderungen des objektiven Maßstabs unter gewissen Umständen mildern und kommt schließlich zu dem Ergebnis, daß der Durchschnittsmaßstab äußerst unbestimmt und zweifelhaft sei. Er will sogar dann, wenn keine Verkehrsregeln vorhanden seien, die Einsicht des Täters, auch seine überdurchschnittliche, berücksichtigt wissen[4]). Innerhalb des Berufs seien noch weitere Abgrenzungen möglich, nicht aber dürfe man einen Typus des Anfängers oder des altersschwachen Menschen eines betreffenden Berufs bilden[5]). Nach der Meinung v. Hagen's wird der objektive Maßstab nicht beeinträchtigt, wenn man Standesunterschiede, lokale und ethische Verschiedenheiten, nach Treu und Glauben bei Verträgen die individuelle Leistungskraft, Geschlecht, Unkenntnis und Sachkunde berücksichtigt[6]). Die Begründung lautet: „. . . . . Die Rücksichtnahme auf individuelle Momente sei ein Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit und sei eine solche durch die

[1]) Weyl S. 116; Heinsheimer S. 252.

[2]) Oertmann, Verschuldungsfähigkeit S. 248, vgl. auch Kommentar § 276 Anm. 1 b *α bb*; Rabel S. 11 ff, 80 ff.

[3]) Verschulden S. 45 ff, vgl. auch Haftung S. 11 ff.

[4]) Verschulden S. 49.

[5]) Haftung S. 11, 13.

[6]) S. 6; ähnlich auch Oertmann § 276 Anm 1 b *α bb*; Windscheid § 101; Fischer-Henle § 276 Anm. 5; Wendt, Sorgfalt S. 438.

Befolgung der Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr geboten"[1]). Crome[2]) läßt sogar das objektive Maß der Sorgfalt sich im Einzelfall nach den in Betracht kommenden Personen und Aufgaben richten; ebenso behauptet Wendt[3]), der Maßstab werde „lediglich für den einzelnen Fall nach dessen Umständen gebildet". Nach Soergel[4]) soll die „Verschiedenheit ganzer Gruppen von Menschen (nach Alter, Bildung, Lebensstellung usw.)" zu berücksichtigen sein. Im Widerspruch zu anderen Entscheidungen will das RG das Geschlecht nicht berücksichtigt wissen[5]), Weyl nur insoweit „die Vorbildung der beiden Geschlechter für denselben Berufszweig verschieden gestaltet ist[6].)

Ferner soll der Dilettant das Maß von Sorgfalt aufwenden, das der ordentliche Mensch beobachtet, wenn er die Tätigkeit des Dilettanten als Beruf ausübt[7]). Aber der Dilettant übt doch gerade nicht seine Tätigkeit als Beruf aus, sondern zum Zeitvertreib, aus Interesse usw. Bei vertraglichen Rechtsbeziehungen und nur bei diesen habe man auf Alter, Geschlecht, Gesundheit usw. Rücksicht zu nehmen. Tut man dies nicht und erleidet daher durch den anderen einen Schaden, so liegt Mitverschulden (§ 254 BGB) vor; denn „wer sich mit Personen weiblichen Geschlechts oder mit Kranken, mit Kindern oder Greisen in Rechtsangelegenheiten einläßt, der hat sich zu sagen, daß er beim Gegenpart nicht die gleiche geistige und körperliche Kraft erwarten kann wie bei Männern, bei Gesunden, bei Personen in der Blütezeit des Lebens"[8]). Wer sich für sachverständig ausgibt, obwohl er es nicht ist, hat die von einem ordentlichen Fachmann angewendete Sorgfalt aufzuwenden; wer aber eine Handlung vornimmt, um von einem anderen Schaden abzuwenden, oder weil er dazu gezwungen ist, obwohl ihm die nötigen Kenntnisse fehlen, braucht nur die gewöhnliche Sorgfalt zu beobachten[9]). Nicht stets darf der objektive Maßstab angewendet werden, denn „es sei noch bemerkt, daß manches im Verkehr im allgemeinen für erforderlich gehalten wird, wofür in einem einzelnen konkreten Fall keine

---

[1]) v. Hagen S. 7.
[2]) S. 486.
[3]) Sorgfalt S. 430.
[4]) § 276 Anm. II, b 1; ebenso RGZ Gruch. 55 S. 991 (995).
[5]) So RGZ Recht 1913 Nr. 2248. a. A. z. B. RGZ JW 1912 S. 856 Nr. 9.
[6]) Weyl S. 119.
[7]) Weyl S. 119. Anm. 7.
[8]) Weyl S. 120.
[9]) Weyl S. 122.

Haftung verlangt werden kann"[1]). Eine im allgemeinen fahrlässige Handlung kann im Augenblick der Gefahr entschuldbar sein[2]). Individuell sei auch zu beurteilen, ob der Handelnde die besondere Gefährlichkeit seines Verhaltens und dessen Wirkung auf andere, die unter Umständen durch es betroffen werden könnten, in Betracht gezogen hat[3]). Noch weiter schwächt Wendt[4]) die objektive Theorie ab, indem er nämlich das Verschulden des § 254 individuell, nicht aber objektiv festgestellt wissen will. Nur eine Ausnahme will Kohler[5]) von dem streng objektiven Maßstab machen; bei „Tätigkeiten eigenpersönlicher Art" soll nämlich die Individualität des Schadensstifters berücksichtigt werden; wenn z. B. beim Gehen, Reiten, Fahren oder bei einer Tätigkeit, die dem Beruf, aber nicht dem Gewerbe angehört, eine Verletzung eintritt, so sei der objektive Maßstab nicht gerechtfertigt. Seine Ansicht ist aber nicht nur unbegründet, sondern läßt auch aus den von ihm angeführten Beispielen nicht erkennen, wann überhaupt eine Handlung zu den gewerblichen, wann zu den persönlichen gehört. Eine Scheidung dürfte in vielen Fällen gar nicht möglich sein. Laß und Maier[6]) sagen nur, daß die Individualität auch bei dem objektiven Maßstab noch in Betracht gezogen werden könne[7]).

Es ist nicht recht verständlich, wie man behaupten kann, durch diese zahlreichen Einschränkungen werde der objektive Maßstab nur näher bestimmt[8]); wollte man sie alle berücksichtigen, so wäre man von der abgelehnten subjektiven Theorie nicht mehr weit entfernt[9]). Aus den mannigfachen Ausnahmen, welche die objektive Theorie zu machen gezwungen ist, ergibt sich: der Durchschnittsmaßstab ist in Wirklichkeit nicht durchführbar. Feststellen läßt sich, ob ein bestimmter Mensch in der Lage war, einen von ihm verursachten rechtswidrigen Erfolg nicht herbeizuführen[10]). Die Frage aber, ob der tüchtige

---

1) Göring S. 27.

2) Rosenthal § 276 Anm. 81, vgl. auch § 823 Anhang.

3) Oertmann § 276 Anm. 1 b *α bb*.

4) Sorgfalt S. 441 ff; ebenso Soergel § 276 Anm. II 1 b.

5) GA 62 S. 243, vgl. auch Lehrbuch S. 31; ähnl. auch Rümelin, Haftung S. 13.

6) S. 19.

7) Vgl. auch die Theorie von Titze, Die Unmöglichkeit d. Leistung Leipz. 1900 S. 78 ff; gegen ihn z. B. Kisch, Krit. Vierteljahrsschr. 1903 S. 518 f; Leonhard S. 16 f; Biermann S. 334 Anm 13; Weyl S. 123.

8) So z. B Wendt, Sorgfalt S. 438; Oertmann § 276, Anm. 1 b *α bb*; vgl. auch Leonhard S. 8 ff; Brodmann S. 363 ff.

9) Enneccerus § 197 Anm. 6.

10) Aehnl. auch v. Hagen S. 7, obwohl Anhänger der objektiven Theorie; a. M. Lühl S. 16: dies äußerst schwierig, daher subjektive Theorie abzulehnen; ebenso Oertmann § 276 Anm. 1 b *α bb*.

Durchschnitt einer gewissen Gruppe von Menschen — vorausgesetzt, daß die unüberwindlichen Schwierigkeiten betreffs der Gruppeneinteilung beseitigt wären — den Schaden vermieden hätte, läßt sich ohne Willkür nicht beantworten[1]. Der Richter kann nicht die Leistungen sämtlicher Gruppenangehörigen ermitteln und hieraus den tüchtigen Durchschnitt, sondern er ist stets mehr oder weniger gezwungen, willkürlich zu sagen: „Das und das entspricht dem, was der tüchtige Durchschnitt vollbringt", und an diesem von ihm festgesetzten Maßstab das Verhalten des Beklagten zu messen. Der objektive Maßstab nimmt das freie Ermessen des Richters in weit höherem Maß in Anspruch als eine Theorie, welche eine Entscheidung darüber verlangt, ob ein bestimmter Mensch einen bestimmten verursachten Schaden vermeiden konnte; er wandelt sich je nach der Individualität des Richters.

Die Unzulänglichkeit des objektiven Maßstabs wird auch von der objektiven Theorie zugegeben. Der Versuch Littens, diesen Mangel zu beheben, kann aber nicht als eine befriedigende Lösung angesehen werden[2].

Es darf vielleicht noch auf eine bemerkenswerte Unstimmigkeit hingewiesen werden, die sich viele Vertreter der herrschenden Lehre zuschulden kommen lassen und die ein Zeichen dafür sein könnte, daß unbewußt die subjektive Theorie als die richtige angesehen wird. Zum Beispiel sagt nämlich Weyl[3]: „Der Täter muß . . . . . die Tragweite — die Gefährlichkeit — seines Handelns und den kausal dadurch heraufbeschworenen Erfolg voraussehen können, es muß für ihn die Voraussehbarkeit und Vorstellbarkeit des Erfolgs vorgelegen haben, zu denen das Handeln selbst hinzukam"; Piper:[4] Beobachtet der Täter die erforderliche Sorgfalt nicht und richtet Schaden an, „so ist er in Verschulden, wenn er bei genügender Anwendung von Sorgfalt den Erfolg hätte voraussehen können"; Rabel[5]: Zur Fahrlässigkeit gehört „die subjektive (vom Standpunkt des Täters aus beurteilte) Voraussehbarkeit des haftungbegründenden Erfolgs." Es scheint also durchaus so, als ob die Schuld des Handelnden dann verneint würde, wenn er den rechtswidrigen Erfolg nicht voraussehen konnte, die Frage nach der Voraussehbarkeit also individuell beurteilt würde.

---

1) Brodmann S. 353; Planck § 276 Anm. 2 b δ bb; a. M. Weyl S. 117.
2) Vgl. Litten, Lo Codi S. 627 f.
3) Weyl S. 132.
4) S. 38 (Sperrdruck vom Verf.).
5) S. 10 Anm. 2.

Erst die nachfolgenden Ausführungen zeigen, daß hier ein objektiver Maßstab anzulegen sei und es gar nicht darauf ankommt, ob der Täter den Erfolg voraussehen konnte, wie erst gesagt worden war.

Die objektive Theorie gerät endlich in unüberwindliche Schwierigkeiten, wenn sie ihren Maßstab auch in anderen Fällen, in denen Verschulden erforderlich ist, anwendet. Wie will sie z. B. in den §§ 121, 460, 539, 932 Abs. 2, 1299, 1568 BGB das Verschulden nach dem Duchschnittsmaßstab feststellen?[1]) Einfach die Fahrlässigkeit nach der Individualität beurteilen, weil es unbedingt nötig ist[2]), geht nicht an, ohne zugleich das Eingeständnis zu machen, daß der Durchschnittsmaßstab undurchführbar ist.

Die objektive Theorie muß aus allen diesen Erwägungen heraus für das bürgerliche Recht abgelehnt werden[3]). Es wird nicht geleugnet, daß sie in manchen Fällen zu einem billigen Ergebnis führen kann. Der tiefere Sinn, der in der Behauptung liegt: „wir haben es im bürgerlichen Recht eben nicht mit Willenszucht, sondern mit gesellschaftlichem Güterschutz zu tun, und dabei ist ein größeres Maß von objektivierender Beurteilung statthaft, ja unerläßlich, als es im Strafrecht angebracht sein würde"[4]), wird durchaus anerkannt. Da aber auch in anderen Fällen, in denen von Verschulden nie gesprochen wurde, das Bedürfnis besteht, einen Ausgleich für verursachte Schäden zu schaffen, so ist ein neuer Grundsatz zu suchen, der überall zu einer gerechten und billigen Haftung führt[5]). Unzulässig aber ist es, das Prinzip der Schuldhaftung, wie es im BGB zum Ausdruck gekommen ist, auf Fälle auszudehnen, in denen ein Verschulden überhaupt nicht vorliegt. Es geht nicht an, daß Rechtsbegriffe, die zugleich allgemeinste Begriffe des täglichen Lebens sind wie z. B. gerade Schuld und Fahrlässigkeit, von der Rechtswissenschaft in einem ganz anderen Sinn gebraucht werden, wie sie die Volksanschauung und -sprache verwendet. Hier hat sich das Recht nach dem Leben zu richten und sich die Folgen selbst zuzuschreiben, wenn es diese notwendige Forderung nicht erfüllt[6]).

---

[1]) Vgl. hierzu ausführlich Leonhard S. 57 f.
[2]) So z. B. Handwörterbuch S. 376; Rümelin, Verschulden S. 34 ff.
[3]) So auch Engelmann, Rechtsbeachtungspflicht S. 177 Anm. 1.
[4]) Oertmann, Verschuldungsfähigkeit S. 243, 249, Komm. § 276 Anm. 1 b *a bb*; ähnl. Heinsheimer S. 250 f; Endemann S. 640 Anm. 8; Exner S. 106 ff; von Buri, GS 29 S. 281; Kohler GA 62 S. 241 f; Rümelin, Verschulden S. 38; Marton S. 9; vgl. auch Dittenberger S. 71 ff; Brütt S. 154; Dölle S. 104, 115; Leonhard S. 69 ff; Litten GS 68 S. 293; Litten, Dogm. Jahrb. 49, S. 441 Anm. 1; Luchsinger S. 1 ff, 26 f.
[5]) Vgl. hierzu neuestens die Schrift von Marton.
[6]) Vgl. ausführlich Marton S. 14 ff.

Bedauerlicherweise kann die Oeffentlichkeit an bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten nicht das Interesse nehmen wie an Strafsachen, denn hier handelt es sich immer um persönliche Angelegenheiten zwischen zwei Parteien, die dritten in der Regel gleichgültig sind. Falls man ihnen aber dieselbe Aufmerksamkeit zuwenden würde wie den strafrechtlichen Fällen, dürfte wohl als sicher angenommen werden, daß die objektive Theorie heute nicht die herrschende wäre, wenn sie es überhaupt je hätte werden können. Verurteilungen auf Schadenersatz wegen unterdurchschnittlicher geistiger Fähigkeiten wären ebenso gerügt worden wie Klagabweisungen, weil der tüchtige Durchschnitt den rechtswidrigen Erfolg auch verursacht hätte, während der Beklagte ein weit über Durchschnitt begabter Mensch war und ihn daher verschuldet hatte. Denn beide stehen im Widerspruch zum Volksbewußtsein, sie stimmen mit seiner Schuldauffassung, welche auch die der Wissenschaft ist, nicht überein, und würden daher von der Oeffentlichkeit einer überaus scharfen Kritik unterzogen; man hätte bald unter ihrem Druck den objektiven Maßstab als unhaltbar erkennen und verwerfen müssen. Das Verschuldensprinzip wäre nicht unzulässig von Theorie und Praxis durchbrochen worden, weil auch bei Fahrlässigkeit nur dann eine Haftung auf Schadensersatz eingetreten wäre, wenn der Beklagte den Schaden vermeiden k o n n t e, und vielleicht der neue Grundsatz, daß abgesehen von Schuld unter gewissen Bedingungen der verursachte Schaden zu ersetzen ist, schon gesetzlich festgelegt worden. Da aber die oben angenommene Voraussetzung niemals eintreffen wird, so muß die Rechtswissenschaft sich selbst wieder auf den richtigen Weg zurückfinden.

§ 3.

Die subjektive Theorie.

Wie schon aus den Ausführungen im vorigen Paragraphen hervorgeht, darf auch im bürgerlichen Recht die Frage, ob Fahrlässigkeit vorliegt, nur unter Berücksichtigung der Individualität des betreffenden Menschen beantwortet werden, die Anwendung eines objektiven Maßstabs ist unzulässig.

Da seit Ende des 19. Jahrhunderts die objektive Theorie die weitaus herrschende war, so darf mit Recht gesagt werden: der eigentliche Begründer der subjektiven Theorie ist Leonhard mit seiner Schrift „Fahrlässigkeit und Unfähigkeit“. Als Vorgänger sind z. B. Brodmann, Hesse, Zitelmann anzuführen[1]). Daß Enneccerus und Planck in ihren neuen Auflagen sich der Lehre Leonhards angeschlossen haben[2]), während auch sie früher Vertreter der objektiven Theorie gewesen sind, wurde bereits erwähnt, und es darf der Hoffnung Ausdruck gegeben werden, daß die subjektive Theorie in absehbarer Zeit sich durchgesetzt haben wird. Auch das Reichsgericht neigt in einzelnen neuen Entscheidungen sehr zur subjektiven Theorie. So z. B. wenn es sagt[3]), daß eine Verpflichtung des mitfahrenden Eigentümers eines Kraftwagens zum Einschreiten gegen den Kraftwagenführer schon dann vorliege, „wenn er zwar nicht die Gefahr und das unachtsame Verhalten des Kraftwagenführers wahrnahm, aber wenn er es *nach den Umständen des Einzelfalls bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können*“; oder: ein Rechtsirrtum könne das Verschulden ausschließen; „dies gilt aber nur,

---

[1]) Ferner z. B. M. L. Müller, Die Bedeutung d. Kausalzusammenhangs im Straf- u. Schadensersatzrecht, Tübingen 1912 S 44 ff; Brütt S. 154; v. Buri, GS 29, S. 284, 288; Landsberg S. 254; Liszt, Grenzgebiete S. 15 ff; Litten, Dogm. Jahrb. 49 S. 441 Anm. 1; Matthiaß S. 145; Litten, Ersatzpflicht S. 69, 93; v. Tuhr, Allgem. Teil S. 489, Bürgerl. Recht S. 57 f, Obligationenrecht S. 342; Wendt, Pand. S. 196; Schaaff S. 38, 43 ff; vielleicht auch Eßlinger S. 173; vgl. auch OLG Karlsruhe Recht 1904 S. 630 Nr. 2713; Cosack S. 275.

[2]) Auch Alberti S. 15, wenngleich nicht einwandfrei.

[3]) RGZ JW 1915 S. 89 Nr. 5 (Sperrdruck v. Verf.), vgl. auch RGZ 86 S. 149 (151) Bd. 115 S. 185 (187, 189); Warn. 1912 Nr. 74; Seuff. Arch. 81 Nr. 23.

falls er entschuldbar ist, d. h. wenn der Handelnde bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu der rechtsirrigen Auffassung gelangen konnte ....." (beachte: nicht: mußte!)[1]); oder: von einem 12jährigen Kinde, das auf der Straße spielt, müsse gefordert werden, daß es „auf das, was in seiner Umgebung vorgeht, achtet und eine seiner Einsicht und Erfahrung entsprechende Vorsicht betätigt"[2]); oder: „es ist gleichgültig, ob der Beklagte gerade den Unfall in der Gestalt voraussehen konnte, wie er sich ereignet hat ....., es genügt, daß Beschädigungen der Kinder durch das ohne Aufsicht betriebene Karussellspiel mit dem Göpel überhaupt für ihn voraussehbar waren".[3]) Interessant ist auch folgende Entscheidung, die sich allerdings nicht direkt auf die Fahrlässigkeit, sondern auf das Verschulden im § 233 ZPO bezieht: Zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei erforderlich, daß die Partei auch bei der größten, ihr nach ihrer Individualität möglichen Sorgfalt die Frist habe nicht einhalten können[4]).

Die subjektive Theorie fordert, daß die Persönlichkeit des Schadensstifters in Betracht gezogen wird, wenn es sich darum handelt, ob der rechtswidrige Erfolg fahrlässig verursacht, also verschuldet worden ist. Nur dann, wenn es dem Urheber zugemutet werden konnte, den Erfolg zu vermeiden, kann er zum Ersatz angehalten werden. Ueber seine Kräfte hinaus aber wird von keinem Menschen verlangt, Schädigungen seiner Mitmenschen zu vermeiden; dies ist nach Ansicht der subjektiven Theorie sinnlos, denn es hat keinen Zweck, unerfüllbare Anforderungen zu stellen, und schädigt nur das Ansehen der Rechtsordnung. Die subjektive Theorie läßt mithin nur dann wegen Fahrlässigkeit haften, wenn die Vermeidbarkeit der rechtswidrigen Folge für das bestimmte Individuum unter den konkreten Umständen feststeht[5]). Sie führt damit den Begriff der Schuld im bürgerlichen Recht, der ja hier, wie fast ausnahmslos anerkannt wird, genau denselben Inhalt hat wie im Strafrecht, rein durch und befreit ihn von allen nicht zu ihm gehörenden Be-

---

[1]) RGZ 110 S. 1 (17); ebenso Bd. 73 S. 333 (337), 86 S. 286 (289).

[2]) RGZ Recht 1903 S. 526 Nr. 2630.

[3]) RGZ LZ 1922 S. 617 Nr. 2 (Sperrdruck v. Verf.); vgl. auch RGZ 100, S. 50 (54); OLG Dresden, Seuff. Arch. 64 Nr. 91.

[4]) RG DJZ 1927 S. 84 (Sperrdruck v. Verf.).

[5]) Ebenso Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB Bd. II Berlin 1890 S. 139, Recht des BGB S 158; Brodmann S. 431; Cosack S. 275; gut Oertmann, Verschuldungsfähigkeit S. 243, obwohl Vertreter der objektiven Theorie.

standteilen[1]). Sie steht daher auch in Uebereinstimmung mit der Volksanschauung, die Fahrlässigkeit und damit Schuld oder Verschulden, wie man im bürgerlichen Recht zu sagen pflegt, nur dann als vorhanden ansieht, wenn dem Schädiger ein Vorwurf zu machen ist, d. h. wenn es ihm möglich war, den Erfolg zu vermeiden; sie entspricht der Idee der Gerechtigkeit und Billigkeit[2]), denn sie führt den Grundsatz, daß bei Verschulden gehaftet wird, völlig durch. Weil sie dann haften läßt, wenn der Schaden vermieden werden konnte, bewirkt sie, daß auch der mit überdurchschnittlichen Kräften und Fähigkeiten Begabte sich mehr anstrengen muß als andere, um dem Vorwurf der Fahrlässigkeit zu entgehen[3]). Er hat also höheren Anforderungen zu genügen als nach der objektiven Theorie; dies aber ist nur richtig und billig, denn was die subjektive Theorie von ihm verlangt, ist im Verhältnis genau dasselbe, was sie von dem geistig Beschränkten fordert: jeder soll nach seinen Kräften bemüht sein, Schädigungen seinen Mitmenschen zu verhüten. Das Ergebnis der objektiven Theorie aber war, daß der über dem Durchschnitt Stehende nicht haftete, trotzdem er den Schaden verschuldet hatte.

Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß die subjektive Theorie als die allein richtige angesehen werden muß. Sie hat auch keine Rechtsunsicherheit zur Folge, wie dies des öfteren behauptet wird[4]) mit der Begründung, sie gewähre gegen Leichtsinn, Rücksichtslosigkeit usw. keinen genügenden Schutz, stelle dagegen an den vorsichtig und bedachtsam Handelnden zu hohe Anforderungen, indem sie ihn für alle vorausgesehenen Folgen haftbar mache. Der erste Einwand verwechselt offensichtlich die geistigen Kräfte und die psychischen Fähigkeiten eines Menschen miteinander und ist infolgedessen unbegründet. Wenn die subjektive Theorie ihr Fahrlässigkeitsurteil davon abhängig macht, daß der Angeklagte den Erfolg hätte vermeiden können, so ist damit nicht gesagt, daß sie auch Gleichgültigkeit, Leichtsinn, Egoismus usw. als entschuldbare Umstände in Betracht zieht. Im Gegenteil! Wenn die subjektive Theorie aus solchen Beweggründen verursachte rechtswidrige Folgen als verschuldet ansieht, so gründet sich ihr Schuldvorwurf nicht etwa darauf, daß es dem Täter an mangelnder Begabung gefehlt habe — dann wäre ja keine „Schuld“ vorhanden

---

[1]) Brütt S. 154.
[2]) So auch Enneccerus § 197 Anm. 6.
[3]) Vgl. ausführlich Leonhard S. 59 ff.
[4]) z. B. von Lühl S. 17; Stuhlmann S. 15; Weyl S. 134; richtig aber Brodmann S. 371 (gegen Weyl).

und vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus könnte keine Bestrafung eintreten — sondern darauf, daß er nicht die Sorgfalt verwandt habe, rechtswidrige Erfolge zu vermeiden, welche er hätte beobachten können und welche die Rechtsordnung von ihm forderte. Alle diese Eigenschaften wie Egoismus, Leichtsinn usw., sind ja keine intellektuellen Mängel, sondern Fehler, die sich auf die Psyche, die Willensseite des Menschen gründen. Wenn also die erforderliche Willensanspannung ans den genannten Gründen nicht vorliegt und infolgedessen ein verursachter rechtswidriger Erfolg als verschuldet angesehen wird, so wird ausschließlich das psychische Moment im Menschen zur Grundlage des Schuldurteils gemacht. Die Befürchtung der objektiven Theorie, Gleichgültigkeit, Rücksichtslosigkeit usw. würden bei Berücksichtigung der Individualität des Menschen „prämiert", ist daher grundlos und kann nicht als Beweis für die Unrichtigkeit der subjektiven Theorie dienen.

Aber auch die zweite Einwendung gegen die subjektive Theorie ist nicht stichhaltig. Eine eingehende Begründung für diese Behauptung ergibt sich aus den Ausführungen im § 4. Hier sei nur kurz vorweggenommen, daß der besonders Einsichtige nur dann für einen verursachten rechtswidrigen Erfolg verantwortlich gemacht wird, wenn er nicht die vom Recht geforderte Sorgfalt beobachtet hat, keineswegs aber für alle von ihm vorausgesehenen Folgen.

Um Mißverständnisse zu vermeiden, darf wohl nochmals betont werden, daß es sich nicht darum handeln kann, ob die subjektive Theorie im bürgerlichen Recht stets zu billigen Ergebnissen führt. Diese Frage ist nicht zu erörtern. Es handelt sich vielmehr darum, ob die Fahrlässigkeit als Schuldform, die sie auch im bürgerlichen Recht darstellt, nach der objektiven oder der subjektiven Theorie beurteilt werden soll. Von diesem Standpunkt aus kann sie aber ohne Berücksichtigung der Individualität des Täters niemals festgestellt werden, da sie dann mit dem Schuldbegriff nicht mehr übereinstimmen würde. Die Frage nach dem Verschulden darf nur individuell unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falls und der Persönlichkeit des Handelnden beantwortet werden, infolgedessen auch die Frage nach der Fahrlässigkeit. Dies erkennt auch Marton[1]) als durchaus „logisch und konsequent an"; seine weiteren Ausführungen aber, daß jeder Versuch, die subjektive Theorie zur herrschenden zu machen, „an den praktischen Konsequenzen un-

---

[1]) S. 10; ebenso Litten, Dogm. Jahrb. 49 S. 441 Anm. 1.

rettbar einen Schiffbruch erleidet“, sind auch wieder kein Beweis gegen ihre Richtigkeit, sondern nur für die Unzulänglichkeit des Verschuldensprinzips überhaupt; dies wird von ihm jedoch nicht klar erkannt. Jede andere Betrachtungsweise als die genannte setzt sich mit der grundsetzlichen Bedeutung der beiden Rechtsbegriffe in Widerspruch und muß abgelehnt werden. Während nun die herrschende Ansicht die Schuld auf allen Rechtsgebieten in gleicher Weise auffaßt und zwar in Uebereinstimmung mit der Lebens- und Volksanschauung, auch im Strafrecht den Begriff „Fahrlässigkeit“ richtig verwendet, legt sie ihm im bürgerlichen Recht eine durch nichts gerechtfertigte andere Bedeutung zu. Die Behauptung, § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB zeige, daß ein objektiver Maßstab anzuwenden sei, ist unrichtig[1]). Außerdem aber spricht § 276 Abs. 1 Satz 2 nur von der Sorgfalt, d. h. von demjenigen, Moment, das sich auf den Willen bezieht[2]), nicht jedoch von denjenigen Eigenschaften und Fähigkeiten, die vom Willen unabhängig sind. Daß diese letzteren nicht individuell beurteilt werden dürfen, kann daher aus § 276 Abs. 1 Satz 2 nicht entnommen werden.

Vor allem ist aber folgendes zu beachten: Es kann eine Fahrlässigkeit darin liegen, daß der Betreffende die Tätigkeit übernommen hat, sei es, indem er sich vertraglich verpflichtet hat, sei es aus anderen Gründen[3]), trotzdem die Tätigkeit als solche mit der erforderlichen Sorgfalt ausgeführt ist und daher aus ihr dem Handelnden kein Vorwurf gemacht werden kann, daß er den rechtswidrigen Erfolg verursacht habe. Es handelt sich in diesem Fall um eine ähnliche Frage wie bei den sog. actiones liberae in causa; bei beiden muß das menschliche Verhalten in zwei Teile zerlegt werden. „Im ersten ist es ein freies, im zweiten ein wegen Unvermögen unfreies; die Kausalität aber liegt in dem Gesamtverhalten, mit dem Gewicht der Schuld im ersten Verhaltensabschnitt“[4]). Den ersten Teil des Verhaltens bildet die Uebernahme der Tätigkeit, den zweiten Teil die Vornahme der Tätigkeit selbst. Die Annahme, daß eine Fahrlässigkeit in Bezug auf den eingetretenen Erfolg schon in der Uebernahme der Tätigkeit zu finden sei, beruht auf dem allgemeinen

---

[1]) Vgl. oben S. 7 f.

[2]) Vgl. hierzu näher § 4, oben S. 8.

[3]) Vgl. Alberti S. 15, 74 f; Enneccerus § 197 I 3 b; Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, Berlin 1910; Luchsinger S. 43 ff; Planck § 276 Anm. 2 b *b* bb; Rabel S. 13 f; Staudinger § 276 Anm. I 2 b; v. Tuhr, Allgemeiner Teil S. 489.

[4]) v. Alberti S. 75.

Satz: Fahrlässigkeit kann nicht nur durch die unmittelbar den Eintritt des Erfolgs vorhergehende unvorsichtige Handlung begründet werden, sondern auch durch eine frühere, wenn nur der Kausalzusammenhang zwischen ihr und dem späteren rechtswidrigen Erfolg gewahrt bleibt, die durch die Handlung später entstehenden Folgen für den Handelnden erkennbar, die Handlung selbst für ihn vermeidbar war.

Ergibt sich daher, daß in der Uebernahme ein vorwerfbares Verhalten liegt, indem das Individuum erkennen konnte, daß seine Kräfte zur ordnungsmäßigen Vornahme der Tätigkeit nicht ausreichten, oder dies sogar erkannte, aber aus einem zu mißbilligenden Grund glaubte, es würde kein rechtswidriger Erfolg eintreten, so ist auch die Rechtsgüterverletzung fahrlässig herbeigeführt und damit eine Haftung gerechtfertigt. So sagt schon Pomponius[1]: „Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti". Ist aber dem Handelnden aus der Uebernahme kein Vorwurf zu machen, so kann eine Haftung wegen Verschulden nicht stattfinden[2]. Eine andere Frage, die hier nicht zu Erörterung steht, ist, ob nicht in dem Versprechen einer Leistung eine Art Garantie für das Leistungsvermögen gesehen werden kann, sodaß der Schuldner auf jeden Fall haftet, wenn er seine Zusage nicht erfüllt. Diese Haftung für Unvermögen wird allgemein, auch von Leonhard bejaht: „Nicht nur wenn er — sc. der Schuldner — schuldhaft die Grenze seiner Befähigung verkannt hat, sondern auch, wenn er sich in schuldlosem Irrtum befand, ist er für sein Unvermögen dem Gegner haftbar"[3]. Zu betonen ist hierbei, daß nur dann eine unbeschränkte Haftung für Unvermögen stattfindet, wenn sich aus dem Vertrag schließen läßt, daß sie inbegriffen ist[4]. Ist er aber so auszulegen, daß der Schuldner nur für Verschulden haftet bei Unvermögen, so kann er auch nur dann in Anspruch genommen werden, wenn ihm aus der Uebernahme seiner Verpflichtung ein Vorwurf zu machen ist. Ebenso wie bei vertraglicher Uebernahme von Leistungen regelt sich die Haftung, wenn jemand aus anderen Gründen zu Leistungen über

---

[1]) Libro vicensimo septimo ad Sabinum (D 50, 17 l. 36); vgl. auch D 41,1 l. 54 § 1 u. 2; Pernice, Sachbeschädigung S. 70 f; Ihering S. 46.

[2]) So auch z. B. Alberti S. 15; Brodmann S. 373 f; Leonhard S. 52, 56; Salmond S. 412 (zit. Anhang S. 1). So schon das röm. Recht (vgl. Schaaff S. 122 ff).

[3]) Leonhard S. 51, vgl. auch S. 33, 57; ebenso Oertmann Verschuldungsfähigkeit S. 245; Enneccerus § 197 I 3 b; v. Tuhr, Allg. Teil S. 489; RGZ 102, S. 372 ff.

[4]) Brodmann S. 372.

seine Kräfte hinaus verpflichtet ist und er bei der Entstehung der Verpflichtung schuldhaft d. h. in vorwerfbarer Weise verfahren ist. Daß aber die subjektive Theorie in den Fällen, in denen ohne Einschränkung für Unvermögen gehaftet wird, das Verschulden fingiere, es dort hineindichte, wo es fehlt[1]), ist eine durch nichts gerechtfertigte Behauptung. Es ist daher falsch, Leonhard den Vorwurf zu machen, seine, die subjektive Theorie könne nicht durchgeführt werden, sondern müsse erhebliche Einschränkungen erfahren[2]). Die Vertreter dieser Behauptung verwechseln, wie schon in der Frage, ob die subjektive Theorie den Erfordernissen des Lebens genüge, so auch hier die beiden Probleme, welcher Grundsatz für die Haftung im bürgerlichen Recht der richtige sei und ob bei Verschulden auch gehaftet werden könne, wenn der Täter für die Rechtsgüterverletzung „nichts konnte". Die vorliegende Arbeit hat sich nur mit der letzten Frage zu befassen und es sei nochmals hervorgehoben, daß eine Haftung wegen Fahrlässigkeit, also wegen Verschuldens, nur dann stattfinden darf, wenn der rechtswidrige Erfolg unter den konkreten Umständen für den Urheber vermeidbar war, sei es, daß die den Erfolg verursachende Handlung sorgfältiger ausgeführt oder unterlassen werden mußte, sei es, daß die fragliche Tätigkeit überhaupt nicht unternommen werden durfte. Die Ausführungen Oertmanns und Martons treffen daher zum Teil nicht die subjektive Theorie, gegen die sie gerichtet sind, sondern die Unzulänglichkeit des Schuldprinzips für das bürgerliche Recht, zum Teil sind sie unrichtig, so weit nämlich vom Standpunkt des Schuldprinzips aus dem Urheber des Erfolgs wegen Uebernahme der Tätigkeit kein Vorwurf zu machen ist. Wenn Oertmann z. B. sagt: „Die Dummheit, Unbildung oder naive Selbstüberschätzung mancher Personen geht vielfach so weit, daß sie sich eigentlich a l l e s zutrauen"[3]), so wird hier meist keine geistige Beschränktheit mehr vorliegen, sondern es handelt sich um solche Fälle, in denen die Rechtsordnung mit Recht sagen kann: „Du hättest m e i n e r Ansicht nach den rechtsverletzenden Erfolg vermeiden k ö n n e n, wenn du dich mehr angestrengt hättest", der erhobene Vorwurf sich mithin auf den Willen des Schadensstifters bezieht.

Daß auch vom Standpunkt des § 254 aus keine Bedenken gegen die subjektive Theorie zu erheben sind, hat Leonhard über-

---

[1]) So Marton S. 13.

[2]) So z. B. Oertmann Verschuldungsfähigkeit S. 245 f; Marton S. 12 f; vgl. auch Rümelin, Haftung S. 75 Anm. 2.

[3]) Verschuldungsfähigkeit S. 246.

zeugend dargelegt[1]). Sogar Oertmann[2]) und Rümelin[3]) geben dies zu, ersterer allerdings nur in beschränktem Maß. Andererseits aber meint Oertmann, durch folgendes Beispiel die Unrichtigkeit der subjektiven Theorie nachweisen zu können[4]): Wenn ein Geisteskranker „aus der Anstalt entweicht, sich den Tag über versteckt hält und des Nachts auf die Schienen legt, um der krankhaften Neigung zum Selbstmord zu genügen“, so verursache die Eisenbahn seinen Tod oder Verletzung, wenn er überfahren werde. Daß hier ein Anspruch auf Schadenersatz gegen die Bahn unbillig ist, wird auch von der subjektiven Theorie nicht bestritten werden. Nach § 1 Gesetz vom 7. 6. 1871 kann er aber nur durch ein Verschulden des Beschädigten ausgeschlossen werden. Wenn nun Oertmann hier behauptet, der Geisteskranke habe seinen Tod oder Körperverletzung verschuldet[5]), so dürfte dies doch noch merkwürdiger berühren als eine etwaige Schadensersatzpflicht der Bahn. Das Berufen auf die §§ 827 f BGB, die „nur die hier nicht in Frage kommende Haftung für Verschulden, nicht aber dessen Vorhandensein“ ablehnen, ist keine Begründung für seine, von allen anderen völlig abweichende Ansicht, daß Geisteskranke, deren freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist, schuldhafte Rechtsgüterverletzungen verursachen können; es kann daher auch nicht von einem Mitverschulden ihrerseits gesprochen werden.

Wenn gegen die subjektive Theorie eingewendet wird, nach ihr müßte immer derjenige von der Verpflichtung zum Schadensersatz freigesprochen werden, der infolge seiner geringen Kräfte den Schaden verursacht hat[6]), so ist die Behauptung in dieser allgemeinen Fassung nicht richtig. Denn es kann sehr wohl sein, daß der Beklagte zwar die Tätigkeit, die den Schaden hervorrief, tadelfrei ausgeführt hat, ihm aber deshalb ein Vorwurf zu machen ist, daß er sich ihr überhaupt unterzogen hat, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt. Kann allerdings auch hierin keine Fahrlässigkeit erblickt werden, so haftet er nicht. Aber auch dann wäre der Einwand nicht gegen die subjektive Theorie gerechtfertigt, sondern nur gegen das Verschuldensprinzip überhaupt, da es sich als zu eng für das bürgerliche Recht erweist.

---

[1]) Leonhard S. 72 ff.
[2]) Verschuldungsfähigkeit S. 246.
[3]) Verschulden S. 42 Anm. 2.
[4]) Verschuldungsfähigkeit S. 246.
[5]) Verschuldungsfähigkeit S. 246 f, 249.
[6]) So ausdrücklich Rabel S. 12.

Aber auch vom Standpunkt des Determinismus aus können gegen die subjektive Theorie keine Bedenken erhoben werden. Denn sie behauptet ja nicht, daß der Urheber des rechtswidrigen Erfolgs unter den konkreten Umständen anders hätte handeln können, sondern vertritt vielmehr die Ansicht, es müsse dem Beklagten möglich gewesen sein, bei Anwendung der von ihm zu fordernden Sorgfalt den Erfolg zu vermeiden[1]. Es handelt sich um die Frage, ob die Rechtsordnuug unter den gegebenen Umständen von dem Täter ein anderes Handeln erwarten konnte, nicht aber darum, ob er in dem kronkreten Fall anders hätte handeln können.

---

[1]) Vgl. auch Leonhard S. 45 f.

§ 4.

Das Maß der erforderlichen Willensanspannung.

Nachdem als richtig erkannt wurde, daß ein fahrlässiges Verhalten nur dann vorliegen kann, wenn es dem Handelnden möglich war, den rechtswidrigen Erfolg zu vermeiden, taucht nunmehr die Frage auf, ob stets dann ein Erfolg als fahrlässig verursacht zuzurechnen ist, wenn er für den Täter unter Aufbietung aller ihm zur Verfügung stehenden Kräfte vermeidbar war, ob der Handelnde also das Höchstmaß der ihm möglichen Willensanspannung auf die Vermeidung des Erfolgs richten mußte oder ob es genügt, nur einen bestimmten Teil zu verwenden, ohne für den Eintritt des Erfolgs haftbar gemacht zu werden; m. a. W. es handelt sich jetzt darum, festzustellen, welche Anforderungen die Rechtsordnung an den Willen des Menschen stellt, die er zu erfüllen hat, damit ihm nicht eine aus seinem Tun oder Lassen entstehende rechtswidrige Folge als fahrlässig herbeigeführt zugerechnet wird. Daß die Gebote und Verbote des Rechts sich an den Willen richten und nur an ihn richten können, ist ohne nähere Erläuterung verständlich, denn er ist es, vermittels dessen der Mensch seine geistigen und körperlichen Kräfte zur Anwendung bringt.

Es ist nicht unmöglich, daß das Recht gebietet: Jeder muß sich so anstrengen, rechtswidrige Folgen seines Handelns zu vermeiden, wie ihm dies nach Lage der Umstände möglich ist, andernfalls ist er für einen eingetretenen Schaden ersatzpflichtig. Allein unter dem Gesichtspunkt des Verschuldensprinzips kann die Rechtsordnung diese Haftung nicht rechtfertigen, denn dann würde sie ein Verhalten, das sowohl schuldhaft wie schuldlos sein kann, stets für schuldhaft erklären Der Schuldbegriff, wie er auf S. 15 ff. dargelegt wurde, verlangt nämlich nicht, daß der Mensch stets die größtmöglichste Aufmerksamkeit und Vorsicht beobachten müsse, um sich keines schuldhaften Handelns schuldig zu machen; es genügt vielmehr, wenn ein bestimmtes Maß von Willensanspannung aufgewandt worden ist, damit ein etwa eingetretener rechtswidriger Erfolg schuldlos verursacht ist. Es kann keinem Menschen ein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er nicht stets mit der höchsten Umsicht und Sorgfalt gehandelt

hat, da es unmöglich ist, dies zu tun[1]). Wollte man die Forderung aufstellen, daß jeder Mensch zu jeder Zeit seine Kräfte und Fähigkeiten bis zum letzten aufbiete, um etwaige rechtswidrige Folgen seines Handelns abzuwenden, so würde dies eine völlige Lähmung des Wirtschafts- und Verkehrslebens bedeuten, denn jede Handlung würde eine so lange vorherige Ueberlegung bedingen, daß man nur ganz wenige täglich vornehmen könnte.

Undenkbar aber ist auch ein Staat, überhaupt jede Gemeinschaft von Menschen, in der alle Gefährdung und Verletzung von Rechtsgütern ausgeschlossen wäre, selbst bei dem besten Willen der Mitglieder. Einen gewissen Grad von Verletzungsmöglichkeiten für Rechtsgüter muß jede Rechtsordnung gestatten, und zwar liegt dann eine erlaubte Gefährdung und u. U. Verletzung vor, wenn die Gefahr der Verletzuug nicht allzu nahe, aber eine gedeihliche Entwicklung von Volk und Staat dennoch möglich erscheint; diese beiden Faktoren müssen in dem richtigen Verhältnis zueinander stehen, damit ein gerechter Ausgleich zwischen Einzel- (Individual-) und Volks- (Sozial-) Interesse geschaffen werden kann.

Es ist daher für die Frage, ob Fahrlässigkeit vorliegt, unumgänglich notwendig, die Anforderungen, die an das psychische Moment im Menschen zu stellen sind, der Regel nach nicht auf das auszudehnen, was der Betreffende unter den gegebenen Umständen des Einzelfalls überhaupt leisten konnte, sondern sie auf ein bestimmtes Maß zu beschränken, m. a. W. Fahrlässigkeit ist nicht schon als vorliegend zu erachten, wenn der Täter den Erfolg vermeiden konnte, sondern nur dann, wenn der vermeidbare rechtswidrige Erfolg vermieden werden sollte[2]).

Schon die Römer hatten erkannt, daß man nicht stets alle dem einzelnen Menschen mögliche Sorgfalt fordern dürfe, da dies eine Ueberspannung des culpa-Begriffs bedeuten würde. Die Kräfte und Fähigkeiten, die der Einzelne besitzt, „sollen nicht anders angewendet werden als ihre Bestimmung verträgt, das heißt es soll jemand nicht soviel achtgeben und vorkehren müssen, um Schädliches zu vermeiden, daß ihm am Ende nicht die Zeit und die Mittel blieben, Ersprießliches, Nützliches zu denken und zu tun. Der Anspruch ermäßigt sich je nach den individuellen Verhältnissen. . . . . . In seinem Tun gegen andere soll jeder das für die Gesamtheit, für das ganze zu-

---

[1]) Gut Salmond S. 415 (zit. Anhang S. 1 f); Binding, Schuld S. 148; Rotering S. 231 f.

[2]) Vgl. auch Leonhard S. 44.

trägliche Maß halten, je nach der Einsicht und der Kraft, die ihm verliehen sind"[1]). Zum Beweis darf auf D 9,2 l. 7 § 4[2]); l. 11 pr; l. 9 § 4; l. 28[3]); l. 31[4]); l. 49 § 1; l. 52 § 4[5]); D 17,2 l. 72; D 22,6 l. 9 § 2; l. 4.3 § 4 verwiesen werden.

Daher erhebt sich die Frage, wie hoch die Anforderungen an den Einzelnen zu stellen seien, damit einerseits rechtswidrige Handlungsfolgen so wenig als möglich entstehen, andererseits aber die Bewegungsfreiheit nicht übermäßig eingeschränkt wird.

Auf keinen Fall kann, wie sich gezeigt hat, stets die höchste Willensanspannung gefordert werden[6]). Diese Ansicht wird ganz allgemein vertreten. Aus der objektiven Theorie ergibt sie sich von selbst, denn es wird ja das Verhalten des ordentlichen Durchschnittsmenschen zum Maßstab genommen, der ebenso wie normale geistige Fähigkeiten auch den normalen Willen hat, keinen Schaden anzurichten[7]). Aber auch die subjektive Theorie vertritt die Anschauung, daß an den Willen ein objektiver Maßstab angelegt werden muß[8]). Für das bürgerliche Recht ist hier maßgebend § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt".

Was bedeutet nun „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt"?

Dem Wort Sorgfalt = Sorge entfalten liegt nur das psychische, das Willensmoment des Menschen zugrunde. „Die Sorgfalt gründet sich auf die Sorge, daß einer Sache ein Uebel begegnen oder aus einem Tun oder Lassen ein Nachteil hervorgehen könne und besteht in der geistigen und körperlichen Anstrengung, den dro-

---

1) Schaaff S. 51 f, 126 f.

2) Zit. Anhang S. 2 f.

3) Zit. Anhang S. 3.

4) Zit. Anhang S. 5.

5) Zit. Anhang S. 4.

6) Vgl. z. B. auch Brodmann S. 341 f; Eßlinger S. 174; Rümelin, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 88 S. 297 ff; RG DJZ 1903 S. 345 Nr. 70; Recht 1904 S. 360 Nr. 1125.

7) Vgl. z. B. auch RGZ Bd. 86 S. 149 (151); 97 S. 4; 78 S. 432; Gruch. 35 S. 401 ff; 39 S. 995 f; 48 S. 784 (789); 49 S. 614 (616); LZ 1923 S. 600 Nr. 1; Recht 1904 S. 44 Nr. 152 u. Nr. 1773; 1905 S. 16 Nr. 9, S. 44 Nr. 144; 1906 S. 164 Nr. 8; 1909 S. 489 Nr. 11; 1913 S. 32 Nr. 20 DJZ 1903 S. 345 Nr. 70; JW 1904 S. 287 Nr. 7, S. 356 Nr. 7, 357 Nr. 8 u. 9; 1905 S. 528 Nr. 8; 1907 S. 673 Nr. 8; 1911 S. 95 Nr. 19; 1914 S. 470 Nr. 11; 1916 S. 1274 Nr. 7; 1903 Beilage S. 96 Nr. 217.

8) Alberti S. 15; Heidenreich S 8; Landsberg S. 254; Leonhard S. 19,35; Enneccerus § 197 I 3; Matthiaß S. 144; Planck § 276 Anm. 2 b *b* aa; v. Tuhr, Bürgerl. Recht S. 58, Obligationenrecht S. 341.

henden Schaden abzuwenden"[1]). Wer sorgfältig handelt, will den Gegenstand seiner Sorgfalt in den „Blickpunkt seines Bewußtseins" rücken, er will sich die Folgen seiner Handlung vergegenwärtigen, damit nicht unversehens eine solche eintritt, die er nicht vorausgesehen und daher nicht in den Kreis seiner Berechnung einbezogen hat. Wenn allerdings hier eingewendet werden sollte, man könne auch Sorgfalt walten lassen, ohne daß man die Handlungsfolgen sich vorgestellt habe, so ist dies zwar richtig, aber nur deshalb, weil stetes sorgfältiges Handeln nach und nach zur Gewohnheit wird, sodaß die Vorgänge, die zuerst nur, nachdem man sich ihrer bewußt geworden ist, den Willen und damit die Handlung beeinflußten, allmählich nicht mehr bewußt wahrgenommen zu werden brauchen, um die Handlung auszulösen. Schließlich wird auch die Handlung selbst vorgenommen, ohne in das Bewußtsein eingedrungen zu sein, sofern die Voraussetzungen vorliegen, unter denen früher bewußt gehandelt wurde. Aus der Fähigkeit, sorgfältig zu handeln, entwickelt sich langsam die Eigenschaft, man sagt dann: „Dieser Mensch ist sorgfältig", während man früher nur von ihm behaupten konnte: „er handelt sorgfältig". Allein damit, daß die Sorgfalt zu einer Eigenschaft des betreffenden Individuums geworden ist, wird sie nicht von dem Willensmoment losgelöst, sondern bleibt mit ihm verbunden. Denn immer war es ursprünglich nötig, daß der Mensch bewußt seinen Willen darauf richtete, seine Handlungen mit Sorgfalt auszuführen; der Wille bildet mithin stets die Grundlage für die Sorgfalt. Daran ändert nichts, daß je nach der Veranlagung des Einzelnen sein Wille mehr oder weniger stark auf dieses Ziel — sorgfältig zu handeln — gerichtet sein muß. Ebenso wie die Sorgfalt ist auch ihr negativer Begriff, die Nachlässigkeit zu verstehen und zu entwickeln[2]). Es steht daher nicht im Widerspruch zu der vertretenen Auffassung des Begriffes „Schuld" als Willensschuld, wenn bei der Fahrlässigkeit der Schuldvorwurf darin liegt, daß der Täter die gebotene Sorgfalt vernachlässigte.

Es darf in diesem Zusammenhang auf einen häufig vorkommenden fehlerhaften Gebrauch des Begriffs „Sorgfalt" hingewiesen werden. Man sagt nämlich[3]): wer sich große Mühe gibt, rechts-

---

[1]) Hesse S. 204, vgl. auch S. 218 ff; ähnlich Eßlinger S. 173; Gensler S. 8 Anm. 4; Kitzinger S. 35; Rümelin, Verschulden S. 41; a. M. von Hagen S. 4.

[2]) Verkannt von Marton S. 11; richtig Gensler S. 10.

[3]) Vergl. z. B. Heidenreich S. 36 f; Planck § 276 Anm. 2 b *b* bb; Schollmeyer § 276 Anm. 1 *a* b.

widrige Folgen zu vermeiden, ist ebenso sorgfältig wie derjenige, der sich kaum anstrengt, aber doch das Glück hat, keinen rechtswidrigen Erfolg zu verursachen. Hier wird, wie es oft geschieht, und zwar infolge eines nachlässigen Sprachgebrauchs, unzulässigerweise die Sorgfalt in Beziehung gesetzt zu dem Erfolg, während sie sich nur auf den Handelnden beziehen darf[1]). Deutlich ergibt sich das aus folgendem Beispiel: A fertigt eine Kopie von einem bekannten Gemälde an. Er gibt sich wenig Mühe, aber da er ein außerordentlich talentvoller Maler ist, wird die Kopie recht gut. In diesem Fall wird man nicht sagen, A habe das Bild sorgfältig gemalt. Wenn nun B ebenfalls eine Kopie des Gemäldes anfertigt und sich die größte Mühe gibt, aber infolge mangelnder Begabung ein schlechteres Bild als der A zustande bringt, wird man dann behaupten, B sei weniger sorgfältig gewesen als A oder B's Gemälde sei weniger sorgfältig gemalt als das des A? Im Gegenteil, man sagt: Trotzdem B viel sorgfältiger als A gearbeitet hat, konnte sein Bild nicht so gut werden wie das des A, da es ihm an Talent fehlt. Die Redewendung von dem „sorgfältig hergestellten Werk" ist daher falsch, denn nur Menschen können die Eigenschaft, sorgfältig zu sein oder die Fähigkeit, sorgfältig zu handeln, besitzen; sie beruht auf einem fehlerhaften Sprachgebrauch, der von der Wissenschaft nicht verwendet werden darf.

Nach § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nun die erforderliche Sorgfalt aufzuwenden, d. h. diejenige Sorgfalt, die nach Ansicht der Rechtsordnung nötig ist, um Rechtsverletzungen zu vermeiden[2]), nicht etwa die Sorgfalt, die gewöhnlich angewendet zu werden pflegt[3]). Durch das Wort „erforderlich" wird ausgedrückt, daß das Recht sich nicht mit der allgemein beobachteten Sorgfalt begnügen will. Diese übliche Sorgfalt wird zwar meist mit der erforderlichen sich decken, aber notwendig ist das keineswegs; es gibt auch Fälle, in denen das Maß der üblichen Sorgfalt nicht so groß ist, daß eine übermäßige Gefährdung von Rechtsgütern verhütet würde[4]).

Die Frage nun, welche Sorgfalt erforderlich ist, wird beantwortet durch den Hinweis auf den Verkehr[5]). Hieraus ergibt sich,

---

[1]) So auch Brodmann S. 381; Leonhard S. 29, 42 f, 35 ff.

[2]) Vgl. auch Mugdan II (Protokolle) S. 1095.

[3]) Brodmann S. 350; v. Hagen S. 4 f; Weyl S. 101 ff.

[4]) Vgl. z. B. Mugdan II (Prot.) S. 765, 1095; auch Leonhard S. 36 f; RGZ 102 S. 47 (49), 105 S. 80 (83); Gruch. 69 S. 81 f; JW 1904 S. 57 Nr. 7; DJZ 1903 S. 345 Nr. 70; Recht 1904 Nr. 1774.

[5]) Vgl. über „Verkehr" Stuhlmann S. 6 ff; Weyl S. 105 ff.

daß nicht das subjektive Ermessen des Einzelnen zu entscheiden hat. Es kommt nicht darauf an, ob die aufzuwendende Sorgfalt von dem Individuum für erforderlich gehalten wird oder nicht, sondern ganz allgemein ist die im Verkehr erforderliche Sorgfalt maßgebend[1]). Wollte man der Ansicht des Einzelnen folgen in Bezug auf die Frage, welche Sorgfalt erforderlich sei, so würde der Aengstliche überaus vorsichtig handeln, der Leichtsinnige dagegen ohne viel Rücksicht auf die Folgen. Diejenige Sorgfalt aber ist im Verkehr der Menschen miteinander erforderlich, die ein gedeihliches und ersprießliches Zusammenleben fördert und etwa eintretende Rechtsverletzungen auf die unumgänglich geringste Zahl beschränkt, gleichzeitig aber die Bewegungsfreiheit des Einzelnen nicht übermäßig hemmt; diese Sorgfalt hat jeder Mensch aufzuwenden[2]).

Wenn man nun fragt, wie hoch das Maß dieser Sorgfalt sei, so muß geantwortet werden, daß dies nur in Bezug auf den einzelnen Fall näher bestimmt werden kann. Denn es ist je nach den äußeren Umständen ein ganz verschiedenes. Es ist daher unmöglich, eine Formel zu finden, die für jeden einzelnen Fall die Höhe der erforderlichen Sorgfalt festlegt, und muß dem Richter überlassen bleiben, nach freiem Ermessen zu sagen[3]): „Das ist die unter diesen Verhältnissen im Verkehr erforderliche Sorgfalt". Als besonders wichtige, das Maß der Willensanspannung beeinflußende Umstände sind z. B. zu nennen die Lage, in der gehandelt werden mußte, ob unter Zwang, in Eile, Aufregung usw.[4]); je größer der Wert des gefährdeten Rechtsgutes ist, um so größere Sorgfalt muß darauf verwendet werden, es nicht zu verletzen[5]); eine unnötige und sinnlose Handlung gestattet überhaupt keine erlaubte Gefährdung; je wertvoller aber der Zweck einer Handlung, um so größer darf auch die Verletzungsmöglichkeit anderer Rechtsgüter sein[6]). Das Maß der erforderlichen Sorgfalt kann auch durch die Erwägung beeinflußt werden, ob das Verhalten des Täters dann noch zu billigen wäre,

---

[1]) Vgl. auch Eßlinger S. 174; Leonhard S. 18 f. 36; Oertmann, Rechtsordnung S. 439 f.

[2]) Aehnlich auch Brütt S. 154; Rotering S. 229 f.

[3]) Bierling S. 313 Anm. 8; Handwörterbuch S. 377; Salmond S. 416 (zit. Anh. S. 2); Wendt, Pand. S. 196 (vgl. aber S. 197); RGZ 113 S. 425 (426).

[4]) Vgl. Exner S. 189, 205; Leonhard S. 54 f.

[5]) Vgl. Exner S. 200; Binding, Schuld S. 150; Enneccerus § 197 I 2; Eßlinger S. 176.

[6]) Vgl. Enneccerus § 197 I 2; Eßlinger S. 176; Exner S. 202; Loening, Zurechnungslehre S. 203; Traeger, Kausalbegriff S. 196; v. Tuhr, Obligationenr. S. 341 Anm. 20; Salmond S. 416 (zit. Anh. S. 2).

wenn es allgemein üblich wäre[1]). Beachtlich sind ferner der Nutzen der Handlung, ihre „kausale Tragweite“[2]) und der Gesichtspunkt, ob die Gefahr des Eintritts eines rechtswidrigen Erfolgs mehr oder weniger weit entfernt ist[3]).

Die Rechtsordnung verlangt also von dem Einzelnen bald mehr, bald weniger Willensanspannung je nach Lage der Umstände, unter denen er handelt. Hieraus ergibt sich auch, daß die erforderliche Sorgfalt nicht stets nur ein Teil der möglichen Sorgfalt ist, sondern, daß in gewissen Lagen die Anforderungen der Rechtsordnung dahin gehen, daß die dem Handelnden größtmöglichste Sorgfalt aufzubieten sei.

Das Maß der Sorgfalt aber wird nicht durch die Persönlichkeit des Handelnden beeinflußt. Es ist, wie schon betont wurde, in dieser Hinsicht objektiv, vollkommen unabhängig von dem einzelnen Individuum. Das wird klar durch das Gesetz, das von der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ spricht, zum Ausdruck gebracht. Wollte man aber nicht nur bei Beantwortung der Frage, ob der Urheber des Erfolgs ihn vermeiden konnte, sondern auch der Frage, welche Sorgfalt erforderlich sei, die Individualität des Menschen berücksichtigen, so wäre es überhaupt unmöglich, von einem Verschulden zu sprechen[4]). Drei Gesichtspunkte nämlich sind wesentlich für die Feststellung, ob Schuld vorliegt[5]): die äußeren Umstände, die geistigen und körperlichen Kräfte des Menschen und seine Willensanspannung. Wenn nun nicht einer dieser drei Gesichtspunkte objektiv betrachtet wird, so muß das Ergebnis der Untersuchung stets sein: der Täter mußte so handeln, wie er gehandelt hat, und ein Vorwurf kann ihm nicht gemacht werden. Da aber weder von den äußeren Umständen, noch von den intellektuellen und physischen Fähigkeiten abstrahiert werden kann, muß dies notwendig bei dem Willen geschehen. Es entspricht auch durchaus dem Schuldbegriff, da Beschränktheit und Gebrechlichkeit, sowie ungünstige Verhältnisse als solche nie eine Schuld begründen können, der Wille vielmehr

---

[1]) Vgl. Exner S. 199; Eßlinger S. 177.

[2]) Binding, Schuld S. 150.

[3]) Vgl. Eßlinger S. 175 f; Enneccerus § 197 I 2; Exner S. 200; Hesse S. 207; Handwörterb. S. 377; Salmond S. 415 f (zit. Anhang S. 1 f); Rümelin, Verschulden S. 41; v. Tuhr, Obligationenr. S. 341; RGZ Gruch. 51 S. 978(982); Warn. 1912 Nr. 429; Bayr. OLG LZ 1927 S. 324 ff.

[4]) a. M. Marton S. 10 f, 14.

[5]) Vgl. Leonhard S. 45.

dasjenige Moment ist, von dem das Recht verlangen kann, es müsse anders gewesen sein, damit der Mensch nicht haftbar gemacht werde[1]).

Es ist hier noch eine abweichende Anschauung zu erwähnen, welche die äußeren Umstände des Einzelfalls nur insoweit berücksichtigt wissen will, als sie in gewisse „Situationsgruppen" hineinpassen; man müsse ebenso wie Gruppen von Menschen solche von Situationen bilden und nur für diese Gruppen sei die erforderliche Sorgfalt verschieden[2]). Da jedoch eine Begründung für diese Ansicht nicht gegeben wird, erübrigt sich ein näheres Eingehen auf sie.

Aber nicht nur der Wortlaut des Gesetzes, sondern auch die Geschichte spricht für die Ansicht, daß das Maß der erforderlichen Sorgfalt objektiv bestimmt werden muß[3]). Denn die römische diligentia des Urhebers eines Schadens, die heutige Sorgfalt[4]), wurde an der diligentia eines bonus oder diligens pater familias[5]) gemessen, die sich kund tut in gehörigem Ueberlegen, ob ein Schaden entstehen könne, wie er zu vermeiden sei, in den dazu nötigen Anstrengungen usw. „Um für dieses Ueberlegen und Nachdenken und die sonst erforderliche körperliche und geistige Anstrengung eine Grenze zu bestimmen, stellen die Römer einen sorgfältigen und ordentlichen (resp. sparsamen) Hausvater als Muster und Maßstab auf"[6]). Hätte dieser diligens pater familias unter den Umständen des konkreten Falles den rechtswidrigen Erfolg vermieden, so wird der Urheber für ihn haftbar gemacht, da er ihn fahrlässig verursacht hat, vorausgesetzt, daß er ihn überhaupt hätte vermeiden **können**; hätte dagegen auch der diligens pater familias die Folge herbeigeführt, so kann von einer Schadensersatzpflicht nicht die Rede sein, denn dann trifft den Urheber kein Verschulden.

Daß die Römer für Verträge das Maß der aufzuwendenden Sorgfalt nach der diligentia boni patris familias bestimmten, ergibt sich z. B. aus D 4,4 l. 11 § 5; 7,1 l. 9 § 2; l. 65; 10,2 l. 25 § 16; 13,6 l. 18 pr.; 13,7 l. 14; 18,1 l. 35 § 4; 18,6 l. 12; 19,1 l. 54 pr.; 19,2 l. 25 § 7; 22,3 l. 25 pr.; 38,1 l. 20 § 1; 38,15 l. 2 § 5;

---

1) a. M. Marton S. 10 f.

2) Weyl S. 123 ff; ebenso Oertmann, Rechtsordnung S. 441 f, a. A. Kommentar § 276 Anm. 1 b *α bb*.

3) Vgl. ausführl. Leonhard S. 27 ff, 19 ff.

4) Vgl. Hesse S. 218.

5) Vgl. zur Entwicklung dieses Begriffs Litten, Lo Codi S. 619 ff; Pernice Labeo (1) S. 330 ff.

6) Hesse S. 208, 218 ff, 206 ff.; ausführlich Leonhard S. 27 ff.; vgl. aber Schaaff S. 134 ff.

40,4 l. 22; 45,1 l. 137 § 3. Aber auch für unerlaubte Handlungen gilt, daß die erforderliche Willensanspannung nach demselben Maßstab zu bemessen sei. So sagt z. B. Mucius Scaevola: „Culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum“[1]). Nicht beirren darf, wenn es in D 9,2 l. 30 § 3[2]) heißt: „At si omnia quae oportuit observavit .... caret culpa“ oder wenn z. B. in D 9,2 l. 29 § 3,4[3]) von Kapitän und Steuermann die größtmöglichste Sorgfalt verlangt wird, damit sie nicht haftbar werden, oder wenn in D 9,2 l. 29 § 2, D 48,19 l. 28 § 12 die Aufbietung aller Kräfte und Fähigkeiten erforderlich ist, um dem Fahrlässigkeitsvorwurf zu entgehen. Im ersten Fall ist das, was zu beobachten war, „eben alles, was ein ordentlicher Mensch bei solcher Gelegenheit zu beobachten pflegt“[4]). In den andern sind die äußeren Umstände so gelagert, daß der bonus pater familias in dieser Lage so sorgfältig gewesen wäre, so sehr sich angestrengt hätte, bedachtsam und vorsichtig zu handeln, wie es ihm nur irgend möglich war; daher ist auch jeder andere verpflichtet, in solchen Verhältnissen alles zu tun, was in seiner Kraft steht, um Schaden zu vermeiden[5]). Dies widerspricht nicht dem Satz, daß die Sorgfalt objektiv zu bestimmen sei. Denn wie schon hervorgehoben wurde, sind die Umstände, unter denen gehandelt werden mußte, für das Maß der erforderlichen Sorgfalt von Bedeutung. Wenn von einem objektiven Maßstab gesprochen wird, der an den Willen anzulegen sei, so heißt das nur, daß von der Persönlichkeit des Täters zu abstrahieren ist, nicht aber, daß die äußeren Umstände nicht in Betracht zu ziehen seien. Diese Unterscheidung trafen ganz richtig schon die Römer, indem sie die von dem Urheber des Schadens angewandte Sorgfalt an dem objektiven Maßstab der diligentia boni patris familias maßen und die Höhe der letzteren sich nach der Lage des Falls richten ließen.

Der objektive Maßstab für die Sorgfalt, die diligentia boni patris familias, ist dann in das gemeine Recht aufgenommen und fast ausschließlich vertreten worden[6]), bis gegen Ende des vorigen

---

[1]) D 9,2 l. 31 (zit. Anhang S. 5); vgl. hierzu richtig Leonhard S. 28; Pernice, Sachbeschädigung S. 66; Labeo (1) S. 331, Labeo (2) S. 62 Anm. 1; a. M. Schaaff S. 52; Wendt, Pand. S. 196.

[2]) zit. Anhang S. 4.

[3]) zit. Anhang S. 3 f.

[4]) Pernice, Sachbeschädigung S. 66 f.

[5]) Vgl. auch Pernice, Sachbeschädigung S. 75 ff.

[6]) Vgl. ausführlich Leonhard S. 19 ff.

Jahrhunderts die in § 2 geschilderte objektive Theorie zur Herrschaft gelangte, die nicht nur die Willensanspannung, sondern auch die geistigen und körperlichen Fähigkeiten des Menschen nach einem Durchschnittsmaßstab beurteilt.

Für eine objektive Bemessung der erforderlichen Sorgfalt spricht aber auch folgender wichtige Grund: Würde man die Sorgfalt danach feststellen, wie sich der Schadensstifter im allgemeinen zu verhalten pflegt, das für nötig erachtete Maß sich nach der Individualität des Handelnden bemessen lassen, so wäre die Folge, daß Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB) und die sog. diligentia quam in suis oder culpa in concreto d. i. diejenige Sorgfalt, die man in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 277 BGB.) zusammenfielen[1]). Denn bei der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten ist maßgebend, wie sich der Mensch gewöhnlich verhält, seine Gewohnheiten und Gepflogenheiten sind erheblich, es handelt sich nur darum, wie der Schuldner in seinen persönlichen Angelegenheiten verfährt. Wollte man daher auch das Maß der Sorgfalt bei der Fahrlässigkeit nach der Persönlichkeit des Täters feststellen, so müßte derjenige, der nach dem Gesetz nur für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten verantwortlich ist[2]), wegen jeder Fahrlässigkeit haften, da ja dann Fahrlässigkeit und culpa in concreto dasselbe bedeuten würden; seine Haftung aber soll doch gerade erleichtert werden, indem er nicht jedes Versehen, jedoch mindestens grobe Fahrlässigkeit vertreten muß.

Wollte man aber ferner das Tun und Lassen des Einzelnen maßgebend sein lassen für die Frage, ob er die erforderliche Sorgfalt aufgewandt habe, so würde man die Handlungsweise des Leichtsinnigen begünstigen, dagegen an den alle möglichen Folgen Erwägenden und überaus Aengstlichen zu hohe Anforderungen stellen. Daher darf das Maß der aufzuwendenden Sorgfalt nicht von der Persönlichkeit des Handelnden abhängig sein. Ob Fahrlässigkeit vorliegt, bestimmt sich vielmehr danach, ob der Urheber des Schadens die von der Rechtsordnung geforderte Sorgfalt beobachtet hat. Richtig ist nur folgende Erwägung: „Weder wird dem Sorglosen die Entschuldigung nachgelassen, daß er immer so zerstreut, leichtgläubig oder unordentlich sei wie in dem nun streitigen Fall, noch

---

[1]) So auch Leonhard S. 36; Marton S. 8 f; Staudinger § 276 Anm. I 2b; Stuhlmann S. 15; vgl. auch Birkmeyer, Entwurf S. 217 Anm. 111.

[2]) Vgl. § 690, 708, 1359, 1664, 2131 BGB.

wird umgekehrt dem Aengstlichen, der ausnahmsweise einmal die gewohnte Furcht überwandt und bei diesem ersten Versuch wirklich verständigen Benehmens wider Erwarten Unglück hatte, dies Verhalten als Schuld angerechnet"[1]); allein das objektive Maß der Sorgfalt ist entscheidend. Daher ist es auch gleichgültig, ob der Handelnde mehr Sorgfalt aufgewendet hat als er brauchte und infolgedessen den rechtswidrigen Erfolg voraussah. Sofern nur bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt der Erfolg eingetreten wäre, kann von einer Verpflichtung zum Schadensersatz keine Rede sein[2]).

Läßt man dagegen bei der Frage, ob der rechtswidrige Erfolg verschuldet ist, für das Maß der zu beobachtenden Sorgfalt die Persönlichkeit des Schadensstifters maßgebend sein, so ist dies nicht nur, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, unzweckmäßig und unvereinbar mit dem Schuldbegriff, sondern auch in hohem Grad ungerecht, indem dann die Anforderungen der Rechtsordnung an die Menschen ganz verschieden sind. Wird aber die Sorgfalt mit einem objektiven, nur nach den äußeren Verhältnissen sich richtenden Maßstab gemessen, so werden alle Menschen gleich beurteilt, wie es der Gerechtigkeit entspricht[3]).

Es ist noch zu erwähnen, daß die Anhänger eines objektiven Maßstabs für die Sorgfalt meist nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Menschen schlechthin zum Maß nehmen wollen, sondern hier soll ebenso, wie es die objektive Theorie tut, differenziert werden nach Gruppen oder Typen; es komme darauf an, welche Sorgfalt in dem Typus des konkreten Rechtsverhältnisses erfordert werde, welche Sorgfalt der ordentliche Mensch derselben Personenklasse, desselben Berufskreises beobachte[4]). Gegen diese Auffassung, die dadurch erklärlich ist, daß man den objektiven Maßstab der Sorgfalt in Anlehnung an das römische Recht nach der Sorgfalt eines ordentlichen Menschen bestimmt, sind alle die gegen die objektive Theorie in dieser Hinsicht angeführten Einwendungen zu erheben

---

[1]) Cosack S. 275; ähnlich Rotering S. 229 f; Salmond S. 415 (zit. Anh. S. 1 f); vgl. auch Wendt, Sorgfalt S. 441.

[2]) Aehnl. auch Eßlinger S. 175.

[3]) So auch Matthiaß S. 144; a. M. Schaaff S. 120 f.

[4]) Vgl. z. B. Enneccerus § 197 I 3; Heidenreich S. 12 ff.; Loening Zurechnungslehre S. 230 f.; Oertmann, Rechtsordnung S. 442; Planck § 276 Anm 2 b *b* aa; v. Tuhr, Allgem. Teil S. 488, Obligationenrecht S. 341; Zitelmann, Recht d. BGB S. 158; RGZ 95 S. 16 (17 f).

und es muß festgestellt werden, daß sie praktisch undurchführbar ist[1]). Abgesehen hiervon jedoch ist zu betonen, daß diese Anschauung auch unrichtig ist. Soll etwa der Bäcker ein anderes Maß von Sorgfalt zu beobachten haben als der Schneider, der Schreiner andere als der Schornsteinfeger? Hiergegen darf man nicht etwa einwenden, daß doch der Chirurg bei einer schweren Operation sorgfältiger sein müsse als der Kolonialwarenhändler, der ein Pfund Zucker verkauft. Dies ist gewiß richtig; aber die verschiedene Höhe der erforderlichen Sorgfalt ergibt sich schon aus den äußeren Umständen[2]) und es ist unerfindlich, weshalb dann noch Gruppen von Berufen gebildet werden sollen.

Diesen Ausführungen widerspricht nicht die Ausdrucksweise des RG[3]): „Ueber das Maß des Erforderlichen müsse in erster Linie die Anschauung der verschiedenen, an dem Verkehr beteiligten Kreise entscheiden". Denn sie besagt nur, daß der Richter, der ja die Höhe der erforderlichen Sorgfalt festzustellen hat, sie durch Hinzuziehen von Sachverständigen der beteiligten Kreise ermitteln muß. Maßgebend kann nur die Anschauung der Allgemeinheit sein, nicht die eines Einzelnen[4]). Das wird nicht durch § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB verhindert. Denn diese Vorschrift besagt nichts darüber, wie die Sorgfalt festzustellen ist[5]). Daß im Grund genommen aber die Rechtsordnung selbst das Maß der Sorgfalt bestimmt, darf nicht verkannt werden[6]). Dies tut z. B. Zitelmann, wenn er sagt[7]): „Der Fahrlässige erfüllt die Anforderungen nicht, die die Menschen durchschnittlich im Verkehr an die anderen Menschen zu stellen pflegen".

Das Recht fordert nun Beobachtung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt". Welche Sorgfalt jedoch ist im Verkehr erforder-

---

1) Vgl. oben S. 19 ff.; ebenso Leonhard S. 16.

2) Vgl. oben S. 3.

3) RGZ DJZ 1903 S. 345 Nr. 70; Recht 1904 S. 44 Nr. 152; JW 1906 S. 351 Nr. 11; RGZ 102 S. 47 (S. 49); ähnlich auch Handwörterbuch S. 375.

4) Bierling S. 313 Anm. 8.

5) Vgl. hierzu ausführlich Leonhard S. 37; Oertmann, Rechtsordnung S. 437 ff.; Weyl S. 103, 110 f.

6) So richtig z. B. Bierling S. 313; Liszt, Deliktsobligationen S. 55; Wendt Sorgfalt S. 432; Weyl S. 103 f.

7) Recht des BGB S. 158; ähnlich Biermann S. 334; Heidenreich S. 33; Oertmann § 276 Anm. 1 b α; Rümelin, Verschulden S. 42; Staudinger § 276 Anm. I 2 a; Soergel § 276 Anm. II b 1; Windscheid § 101; RGZ 95 S. 16 (17 f); 105 S. 80 (83); DJZ 1903 S. 345 Nr. 70; JW 1902 Beilage S. 263, 1904 S. 356 Nr. 7, 1905 S. 15 Nr. 8.

lich? Diese Frage beantwortet das Gesetz nicht.[1]). Die Antwort kann auf Grund der vorangegangenen Erörterungen nur lauten: Im Verkehr erforderlich ist diejenige Sorgfalt, deren Beobachtung von dem Handelnden billigerweise verlangt werden kann[2]). Welche Sorgfalt dies ist, kann nur für den einzelnen Fall unter Berücksichtigung seiner äußeren Umstände festgestellt werden, während die Individualität des Schadensstifters hier auszuscheiden hat[3]).

Zum Schluß darf noch erwähnt werden, daß vertragschließenden Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit das Recht zusteht, über das Maß der zu beobachtenden Sorgfalt usw. Abmachungen zu treffen[4]); diese Frage aber ist für die vorliegende Arbeit nicht von Interesse, denn sie berührt nicht das Wesen der Fahrlässigkeit als Schuldform.

---

[1]) So auch Wendt, Sorgfalt S. 424.

[2]) So ausdrücklich RGZ Bd. 52 S. 373 (379).

[3]) a. M. Marton S. 10; Wendt, Dogmatische Jahrbücher 31 S. 169; Brodmann S. 359, 370, 375 f, 381 (z. T. falsch ausgedrückt); vielleicht auch Brütt S. 153 f; vgl. auch Schaaff S. 126.

[4]) Vgl. hierzu ausführlich Leonhard S. 65 ff.

§ 5.

Ergebnis.

Als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist mithin festzustellen: Die heute herrschende Ansicht, welche Fahrlässigkeit als vorhanden erachtet, wenn ein ordentlicher Mensch desselben Berufs usw. den von dem Täter verursachten Erfolg vermieden hätte, ist unhaltbar. Die Frage, ob die Schuldform der Fahrlässigkeit vorliegt, kann nur unter Berücksichtigung der Individualität des Täters richtig beantwortet werden. Das Maß der vom Täter geforderten Willensanspannung ist die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt". Eine vollständige Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit würde mithin folgendermaßen lauten:

> Fahrlässig handelt, wer unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt den rechtswidrigen Erfolg vermeiden konnte.

Bis allerdings die in dieser Arbeit vertretene Ansicht zur herrschenden wird, wird noch einige Zeit vergehen, denn es ist nur allzu wahr, was Adler sagt[1]): „Allein einen falschen, ja einen absurden Satz, der einmal da ist, wird das Recht nicht so leicht los. Der Kampf gegen das Absurde, gegen das, was die Nachwelt leicht und klar als absurd erkennt, bildet — ich wage dies auszusprechen — den eigentlichen Inhalt der Geschichte der Geisteswissenschaften und besonders der Rechtswissenschaft. Denn d e n Teufel, den Teufel der Absurdität, spüren wir leider nie zur rechten Zeit, und wir spüren ihn am wenigsten, wenn er uns am Kragen hat. Spürt ihn aber einer, so läßt er es am besten nicht merken. Denn das Absurde ist das Mächtige. Der absurde oder der absurd gewordene Rechtssatz ist sofort eng verbündet mit zahllosen Interessen . . . . . und mit allem, was denkfaul, rückständig und triebhaft ist in der menschlichen Natur". Allein es sind unverkennbar allmählich wachsende Ansätze im bürgerlichen Recht vorhanden, die darauf hinweisen, daß die nach vorstehenden Ausführungen für richtig gehaltene Auffassung des Begriffs der Fahrlässigkeit mit der Zeit sich zur herrschenden entwickelt und als die richtige allgemein anerkannt wird. Es darf daher zum Schluß der Wunsch ausgesprochen werden, daß die nun beendete Arbeit zur Erreichung dieses Ziels einen kleinen Beitrag zu liefern vermocht hat.

---

[1]) Unverschuldetes Unrecht (Rektoratsrede vom 2. 12. 1909) Czernowitz 1910 S. 26 f.

Anhang.

Leyser, Meditationes ad pandectas Leipzig 1723:

Bd. II. S. 488: „Imperitiam culpae adnumerari, tam notum est, ut fere in proverbium abierit. . . . . Restringi tamen hanc regulam oportet ad eum, qui artem profitetur. Nam si quis peritiam nullam prae se ferat, atque etiam ignorantiam suam erga eos, qui opera ipsius uti volunt, non dissimulet, et hi tamen opera ipsius utantur, tunc damnum, quod per imperitiam accidit, horum temeritati potius, quam imperitiae ipsius adscribendum est. . . .“.
(Vgl. auch das Beispiel S. 489).

Salmond, Iurisprudence 7 th ed. London 1924.

S. 412: „The igonorant physician who kills his patient or the unskilful blacksmith who lames the horse shod by him, is legally responsible, not because he is ignorant or unskilful — for skill and knowledge may be beyond his reach — but because, being unskilful or ignorant, he ventures to undertake a business which calls for qualities which he does not possess. No man is bound in law to be a good surgeon or a capable attorney, but all men are bound not to act as surgeons or attorneys until and unless they are good and capable as such“.

S. 413: „If he“ — sc. the physician — „then knew that he had not the requisite skill, his carelessness is obvious“. Wie aber, wenn er dachte, er sei geschickt genug? „In this case we must go one step further back in the search for that mental attitude of indifference wich is the essential element in all cases of negligence. He was careless in forming his believes; he formed them without that anxious consideration which the law requires from those who form believes on which they act to the injury of others“.

S. 415: The law „does not demand the highest degree of care of which human nature is capable. . . . . The law demands not that which is possible, but that which is reasonable in view of the magnitude of the risk. Were men to act on

other principle than this, excess of caution would paralyse the business of the world. The law, therefore, allows every man to expose his fellows to a certain measure of risk, and to do so even with full knowledge. . . . . It is for the law to draw the line as best it can, so that while prohibiting unreasonable carelessness, it does not at the same time demand unreasonable care." Nicht diejenige Sorgfalt, die ich für nötig halte, ist massgebend. „The question in every case is not whether I honestly thought my conduct sufficiently careful, but whether in fact it attained the standard of due care established by law." The law „demands the amount of care which is reasonable in the circumstances of the particular case".

S. 416: „What amounts to reasonable care depends entirely upon the circumstances of the particular case as known to the person whose conduct is the subject of enquiry. Whether in those circumstances, as so known to him, he used due care — whether he acted as a reasonable prudent man — is in general a mere question of fact as to which no legal rules can be laid down". Hauptsächlich in Betracht zu ziehen ist die Grösse der Gefahr und die Wichtigkeit des durch die gefährdende Handlung erstrebten Zieles. „The reasonableness of any conduct will depend upon the proportion between these two elements".

D 1, 18, l. 6 § 7 (Ulpianus libro primo opinionum):
„Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet".

D 9, 2 l. 7 § 4 (Ulpianus libro octavo decimo ad edictum):
„Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. Plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine

servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat".

D 9, 2 l. 8 § 1 (Gaius libro septimo ad edictum provinciale): „Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpae nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeratur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram".

D 9, 2 l. 27 § 29 (Ulpianus libro octavo decimo ad edictum): „Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae."

D 9, 2 l. 28 (Paulus libro decimo ad Sabinum): „Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege Aquilia obligati sunt: at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur. Haec tamen actio ex causa danda est, id est si neque denuntiatum est neque scierit aut providere potuerit: et multa huiusmodi deprehendentur, quibus summovetur, petitur, si evitare periculum poterit."

D 9, 2 l. 29 § 3, 4 (Ulpianus libro octavo decimo ad edictum): (§ 3) „Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed ubi damni inuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationen, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum.

(§ 4) „Si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in gubernatorem aut in ducatorem actionem competere damni iniuriae Alfenus ait: sed si tanta vis navi facti sit, quae temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem: sin autem culpa nautarum id factum sit, puto Aquiliae sufficere".

D 9, 2 l. 30 § 3: „Num si die ventoso id fecit, culpae reus est (nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur): in eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia quae opertuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa".

D 9, 2 l. 52 § 4 (Alfenus libro secundo digestorum): „Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, servus cecedit, et crus fregit: quaerebatur, an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cuius impulsu ceciderat, agere potest. Respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum.

D 19, 2 l. 9 § 5 (Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum): . . . . . „Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumque conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit".

D 19, 2 l. 13 § 5 (Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum): „Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio".

D 29, 2 l. 38 (Ulpianus libro quadragesimo tertio): „Si duo sint necessarii heredes, quorum alter se abstinuit, alter posteaquam prior abstinuit immiscuit se, dicendum est hunc non posse recusare, quo minus tota onera hereditaria subeat: qui enim scit aut sciere potuit illo abstinente se oneribus fore implicitum, ea conditione adire videtur".

D 45, 1, l. 137 § 2 (Venuleius libro primo stipulationum):

„Cum ita stipulatus sum „Ephesi dari?“ inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. Et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit quod facturum se promiserit, ut qui Ephesi daturum se spoponderit, neque duplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis homines solent pervenire . . . . .“

D 9 2 l. 31 (Paulus libro decimo ad Sabinum):

„Si putator ex arbore ramum cum deiiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius invitari possit. Sed Mucius dixit etiam, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fierit, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne imittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit“.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 14. Februar 1903 als Sohn des Professors Franz Unverzagt zu Wiesbaden und besuchte von Ostern 1909 bis Ostern 1912 die Vorschule der städtischen Oberrealschule, von Ostern 1912 bis Ostern 1921 das staatliche Realgymnasium, das ich mit dem Reifezeugnis verließ. Vom Sommersemester 1921 bis zum Sommersemester 1924 studierte ich an der Universität Hamburg und war gleichzeitig vom 1. April 1921 bis zum 31. Juli 1921 in einem Bankgeschäft, vom 1. August 1921 bis 15. April 1924 bei einer Export- und Importfirma tätig. Vom Wintersemester 1924/25 an studierte ich in Marburg an der Philipps-Universität, bestand am 7. August 1926 das erste Staatsexamen am Oberlandesgericht Kassel und wurde dem Landgericht Wiesbaden zur Ausbildung überwiesen. Zum 1. Februar 1927 erfolgte auf meinen Wunsch meine Entlassung aus dem Staatsdienst. Am 12. Juli 1927 bestand ich die mündliche Doktor-Prüfung.